

**UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO**



**EFEITOS PRÁTICOS DA MODULAÇÃO *PRO FUTURO*  
DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**

**ULYSSES MAYNARD SALGADO**

**Matrícula 12346578**

**Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional**

**LISBOA – 2016**

**ULYSSES MAYNARD SALGADO**

**EFEITOS PRÁTICOS DA MODULAÇÃO *PRO FUTURO*  
DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO NO ÂMBITO DO  
CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL REALIZADO  
NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE  
LISBOA – FDUL, EM PARCERIA COM A ESCOLA  
DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO –  
ESMAPE, SOB A ORIENTAÇÃO DO PROFESSOR  
DOUTOR RUI GUERRA DA FONSECA.**

**ITABUNA/RECIFE/LISBOA, OUTUBRO – 2016.**

**ULYSSES MAYNARD SALGADO**

**EFEITOS PRÁTICOS DA MODULAÇÃO *PRO FUTURO* DA DECISÃO DE  
INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAR.**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO APRESENTADA À  
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA –  
FDUL NO ÂMBITO DO CURSO DE DIREITO  
CONSTITUCIONAL.**

**BANCA EXAMINADORA:**

**PROF. DOUTOR.....**  
**INSTITUIÇÃO.....**  
**JULGAMENTO.....ASSINATURA.....**

**PROF. DOUTOR.....**  
**INSTITUIÇÃO.....**  
**JULGAMENTO.....ASSINATURA.....**

**PROF. DOUTOR.....**  
**INSTITUIÇÃO.....**  
**JULGAMENTO.....ASSINATURA.....**

## RESUMO

Esta dissertação pretende examinar, no Direito brasileiro, os efeitos práticos da modulação *pro futuro* da decisão de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, disciplinada pelo art. 27, da Lei nº 9.868/99. Após considerações sobre a possibilidade de mitigação dos efeitos típicos dos regimes de invalidade do ato inconstitucional, identifica-se a adoção implícita, pela Constituição Federal, do regime de nulidade/retroatividade e sua excepcional modulação. Defende-se a constitucionalidade do art. 27, daquela lei, uma vez que segue a mesma lógica e autoriza a modulação com base em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Considerando que o preenchimento de tais conceitos indeterminados somente é possível na análise do caso concreto, mediante juízo de proporcionalidade entre os interesses constitucionais em conflito, promove-se a análise de alguns julgados de modulação pretérita e futura. Observa-se que a modulação não é obrigatória e decorre de um modelo bifásico de julgamento, cuja premissa é o acolhimento de inconstitucionalidade. Constata-se também que a previsão de quóruns diferenciados possibilita votações independentes, com eventual participação de novos Ministros e a necessidade de suspensão do julgamento, quando os ausentes puderem influir no resultado. Nos casos em que houver um intervalo significativo, meses ou anos, entre as duas fases de julgamento, demonstra-se a preocupação com a orientação acerca da observância ou não da lei já definitivamente declarada inconstitucional, diante da pendência da definição de seus efeitos. Sustenta-se que, se a discussão se restringir à modulação pretérita, a declaração de inconstitucionalidade será suficiente para, a partir de então, mitigar a presunção de constitucionalidade da norma impugnada e permitir sua inobservância. Propõe-se que, quando houver discussão sobre modulação *pro futuro* e a segunda fase não ocorrer, por exemplo, em trinta dias, o Tribunal deverá deliberar, mesmo que através de medida cautelar, se a norma declarada inconstitucional ainda deverá ser observada, nos moldes dos arts. 10 e 11, da Lei nº 9.868/99, a fim de assegurar o contraditório. Tal procedimento deve ser adotado também no caso de embargos de declaração. Ademais, a fixação de efeitos *ex nunc* a contar da segunda fase, ao preservar atos posteriores à declaração de inconstitucionalidade, evidencia uma modulação de natureza mista, denominada de modulação *pro futuro* retroativa.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Limitação da retroatividade. Modulação *pro futuro*. Modelo bifásico. Presunção de constitucionalidade.

## **ABSTRACT**

This dissertation intends to examine, in Brazilian legal system, the practical effects derived from pro futuro modulation of the unconstitutional decision declared by the Supreme Federal Court, disciplined by art. 27, Law No. 9868/99. After consideration of the possibility of mitigating the typical effects caused by invalidity rule of the unconstitutional act, it identifies the implicit adoption, by the Federal Constitution, of the nullity/retroactivity and its exceptional modulation. It supports the constitutionality of the art. 27, that law, since it follows the same logic and authorizes the modulation based on reasons of legal certainty or of exceptional social interest. Regarding the comprehension of such indeterminate concepts is only possible in the analysis of real cases, by proportionality judgment among the constitutional interests under conflict, it promotes the analysis of some past and future modulation ruling. It is observed that the modulation is not compulsory and arises from a two-phase model of judgment, whose premise is the recognition of unconstitutionality. It can also be noted that different quorum rule leads to independent votes, with possible participation of new Ministers and the need for suspension of the trial, when the absentees can influence the result. Cases where there is a relevant time interval, months or years, between the two stages of a trial, highlight the concern with the guidance about compliance with the norm already definitely declared unconstitutional, while waiting for the definition of its effects. Besides, in the event of the discussion be restricted to past modulation, the declaration of unconstitutionality from there will be sufficient to mitigate the presumption of constitutionality of the contested norm and allow its non-compliance. Whenever there is a discussion about pro futuro modulation and the second phase of the trial does not occur, it is proposed that the Court should deliberate, even through preventive relief, if the norm declared unconstitutional should still be observed, in the terms of the arts. 10 and 11, of Law No. 9868/99, in order to ensure the adversarial. Such a procedure to be adopted as well in the case of motion for clarification. Furthermore, the establishment of ex nunc effect started with the second phase, while it preserves acts occurred after the declaration of unconstitutionality, reveals a modulation of mixed nature, denominated pro futuro retroactive modulation.

**KEYWORDS:** Control of constitutionality. Retroactivity limitation. Pro futuro modulation. Two-phase model. Presumption of constitutionality.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

AC - Acre

ADI – Ação direta de inconstitucionalidade

AM – Amazonas

AReg ou AgR– Agravo regimental

CF – Constituição Federal

EC – Emenda Constitucional

ED ou Emb Dcl – Embargos de declaração

DF – Distrito Federal

ED – Embargos de declaração

MA – Maranhão

MC – Medida cautelar

MG – Minas Gerais

MI – Mandado de injunção

MT – Mato Grosso

PA – Pará

QO – Questão de ordem

RCL - Reclamação

RE – Recurso extraordinário

RMS – Recurso em mandado de segurança

Rp – Representação

RS – Rio Grande do Sul

SC – Santa Catarina

STF – Supremo Tribunal Federal

TC – Tribunal Constitucional

## SUMÁRIO

<b>Introdução.....</b>	<b>1</b>
<b>I EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE....</b>	<b>3</b>
<b>1.1 Regras próprias de cada sistema e universalização das exceções para mitigá-las.....</b>	<b>3</b>
1.1.1 Sistemas que adotam a nulidade.....	4
1.1.2 Sistemas que adotam a anulabilidade.....	7
1.1.3 Universalização das e exceções.....	8
<b>1.2 Valor jurídico do ato inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro.....</b>	<b>9</b>
1.2.1 Omissão da Constituição Federal de 1988 – adoção implícita da nulidade.....	9
1.2.2 Disciplina infraconstitucional – adoção implícita da nulidade e modulação expressa no art. 27, da Lei nº 9.868/99 – constitucionalidade.....	18
<b>1.3 Natureza da decisão de inconstitucionalidade.....</b>	<b>24</b>
<b>II SENTENÇAS INTERMÉDIAS DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>27</b>
<b>2.1 Decisões simples e intermédias.....</b>	<b>27</b>
<b>2.2 Decisões interpretativas condicionais.....</b>	<b>30</b>
2.2.1 Interpretação conforme a Constituição.....	31
2.2.2 Decisão de inconstitucionalidade parcial qualitativa ou declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.....	34
2.2.3 Aplicação pelo Supremo Tribunal Federal – tratamento de equivalência.....	36
<b>2.3 Decisões limitativas ou restritivas dos efeitos temporais.....</b>	<b>40</b>
2.3.1 Decisão com efeito <i>ex nunc</i> .....	41
2.3.2 Decisão com efeito <i>pro futuro</i> .....	43
2.3.3 Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.....	46
2.3.4 Decisões apelativas ou de constitucionalidade provisória.....	48
<b>2.4 Decisões aditivas ou modificativas.....</b>	<b>51</b>
2.4.1 Decisões “demolitórias” com efeitos aditivos.....	53
2.4.2 Decisões aditivas em sentido estrito.....	55
2.4.3 Decisões aditivas de princípio.....	57
2.4.4 Decisões substitutivas.....	58
2.4.5 Alguns julgados do STF: decisões aditivas ou substitutivas?.....	59
<b>III MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....</b>	<b>62</b>
<b>3.1 Fundamentação reconstrutiva das sentenças manipulativas.....</b>	<b>62</b>

<b>3.2 Razões de segurança jurídica.....</b>	<b>64</b>
<b>3.3 Razões de excepcional interesse social.....</b>	<b>70</b>
<b>3.4 Preenchimento dos conceitos indeterminados no juízo de proporcionalidade.....</b>	<b>72</b>
3.4.1 Limitação da retroatividade.....	75
3.4.2 Alguns julgados do STF de limitação da retroatividade.....	83
3.4.2.1 Limitação <i>ex nunc</i> no controle difuso antes da Lei nº 9.868/99.....	83
3.4.2.2 Negada limitação da retroatividade pretendida pelo Estado antes e depois da Lei nº 9.868/99.....	85
3.4.2.3 Limitação <i>ex nunc</i> em controle difuso por razões de segurança jurídica.....	87
3.4.3 Modulação <i>pro futuro</i> .....	89
3.4.3.1 Tratamento no ordenamento jurídico brasileiro.....	93
3.4.3.2 Vazio jurídico ou lacuna jurídica ameaçadora .....	97
3.4.4 Alguns julgados do STF de modulação <i>pro futuro</i> .....	101
3.4.4.1 Primeiro caso: redução do número de Vereadores para legislatura seguinte.....	101
3.4.4.2 Inconstitucionalidade formal da criação de Municípios.....	104
3.4.4.3 Servidores nomeados para cargos sem concurso público.....	108
<b>IV EFEITOS PRÁTICOS DA MODULAÇÃO <i>PRO FUTURO</i> DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>112</b>
<b>4.1 Juízo de inconstitucionalidade: pressuposto para modulação.....</b>	<b>112</b>
<b>4.2 Sistema bifásico: inconstitucionalidade e modulação.....</b>	<b>115</b>
<b>4.3 Quóruns diferenciados: votações independentes; ausências e suspensão do julgamento.....</b>	<b>116</b>
<b>4.4 Divisão dos julgamentos – lapso temporal entre as sessões.....</b>	<b>121</b>
4.4.1 Mudança na composição do Tribunal.....	121
4.4.2 Paradigma da decisão de inconstitucionalidade e o efeito <i>ex nunc</i> a partir do juízo de modulação: modulação pretérita ou modulação <i>pro futuro</i> retroativa?.....	123
<b>4.5 Devido processo legal.....</b>	<b>130</b>
<b>4.6 Uso dos embargos de declaração para modulação.....</b>	<b>132</b>
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>137</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>143</b>
<b>REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS.....</b>	<b>145</b>



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende examinar, no Direito brasileiro, os efeitos práticos da modulação *pro futuro* da decisão de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, atualmente disciplinada pelo art. 27, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Para tanto, é necessário identificar o valor jurídico do ato inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, na Constituição Federal e na Lei nº 9.868/99, bem como os efeitos inerentes à decisão de inconstitucionalidade e a possibilidade excepcional de mitigá-los, através da restrição da retroatividade ou mesmo da aplicação *in futuro*, além da natureza de tais decisões.

Também há que se avaliar as semelhanças e diferenças das diversas técnicas decisórias existentes, como as decisões interpretativas condicionais, as limitativas, as apelativas e as aditivas; sua aplicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal; e, até mesmo, a possibilidade de se obter, através das demais sentenças intermédias, o mesmo efeito prático da modulação *pro futuro* da decisão de inconstitucionalidade.

A relevância do tema decorre da reiterada prática do Supremo Tribunal Federal em modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, seja na limitação da retroatividade, mesmo antes de sua disciplina pelo art. 27, da Lei nº 9.868, vigente desde 10 de novembro de 1999, seja projetando-os para o futuro.

Além disso, encontram-se em andamento duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs nº 2154 e 2258), ajuizadas respectivamente em fevereiro e julho de 2000, onde se questiona a constitucionalidade do art. 27, da Lei nº 9.868/99. Houve a unificação do processamento de tais ações e foram encaminhadas, sem apreciação da medida cautelar, para julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Iniciou-se o julgamento das preliminares, em 16.02.2007, mas foi suspenso por falta de quórum para apreciação da questão referente ao art. 27, sem que tivesse sido retomado até setembro de 2016.

Embora se reconheça a importância da discussão sobre a legitimidade da atuação do Judiciário para modular/manipular os efeitos para o futuro da decisão de inconstitucionalidade, ressalta-se, desde logo, que não será abordada neste trabalho, por ser um tema merecedor de um estudo autônomo.

Na presente dissertação, diante da farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que houve a modulação pretérita e *pro futuro* da decisão de inconstitucionalidade, a abordagem restringir-se-á à tentativa de ordená-la e sistematizá-la, em aspectos formais e materiais, comuns ou específicos da *pro futuro*, identificando seus efeitos práticos para atividade judicante.

Nesse passo, serão analisados o sistema bifásico do juízo de inconstitucionalidade e de modulação, com quóruns diferenciados e votações independentes, bem como a ausência e a sucessão de Ministros, além da eventual possibilidade de suspensão do julgamento, se interferir no seu resultado.

Também há a preocupação com os reflexos de quando há um intervalo significativo, meses ou anos, entre a declaração de inconstitucionalidade e a decisão pela modulação, em especial, quando esta atribui efeito *pro futuro* propriamente dito ou o que será aqui denominado de *pro futuro* retroativo, além da proposta de adoção de medida ainda que de natureza cautelar para conferir uma maior estabilidade naquele ínterim.

Portanto, é fundamental analisar a origem e a evolução desse instituto no Direito brasileiro, que culminou em sua normatização pelo art. 27, da Lei nº 9.868/99, sua constitucionalidade, seus pressupostos e a disciplina, para que haja a modulação *pro futuro* dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, em especial, quanto à aplicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal.

## I EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE<sup>1</sup>

### 1.1 Regras próprias de cada sistema e universalização das exceções para mitigá-las

A supremacia da Constituição impõe a primazia da norma constitucional sobre os demais atos do ordenamento jurídico<sup>2</sup>. Sua vigência acarreta uma depreciação da capacidade de conformação jurídica das leis ou atos normativos incompatíveis com a Constituição<sup>3</sup>. Outra consequência é a consagração de mecanismos destinados à verificação, sem qualquer dúvida, da inconstitucionalidade e à ativação de alguns efeitos da desvalorização jurídica daquela conduta, como a invalidação e/ou paralisação da eficácia dos atos inconstitucionais<sup>4</sup>.

Interessa ao presente estudo identificar, no Direito brasileiro, os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo para saber se os atos e as situações constituídas sob sua égide seriam ou não preservados, bem como se seria possível a postergação da própria decisão de inconstitucionalidade ou, ao menos, de seus efeitos paralisante e sancionatório.

Em síntese, pretende-se examinar a possibilidade de modulação desses efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, em especial, *pro futuro*, e seus pressupostos, por força da atual disciplina pelo art. 27, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999<sup>5</sup>, além de sua aplicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Antes disso, é necessário saber o tipo de desvalor que a Constituição Federal brasileira atribui, inexistência, nulidade ou anulabilidade<sup>6</sup>, aos atos normativos em desacordo

<sup>1</sup> O presente tema já foi objeto de estudo anterior, capítulo I, do relatório da disciplina de Direito Constitucional, “A limitação da retroatividade na declaração de inconstitucionalidade pelo STF: requisitos e a disciplina do artigo 27 da Lei nº 9.868/99”. Dessa forma, o texto deste capítulo é próximo daquele, contando com modificações, no texto e nos tópicos, e acréscimos, inclusive do tópico referente à natureza jurídica da decisão de inconstitucionalidade.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 323.

<sup>3</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa, 1988. p. 15.

<sup>4</sup> BARROSO, loc. cit. e SOUSA, op. cit., p. 15-19.

<sup>5</sup> O art. 27 ainda preserva sua redação original: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Lei nº 9.868/99. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm). Acesso em: 06 fev. 2016.

<sup>6</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 367-368.

com suas normas e princípios. Ressalta-se que essa problemática da inconstitucionalidade e do desvalor da conduta inconstitucional varia em cada ordenamento jurídico concreto, assim como o sistema de fiscalização da constitucionalidade, motivo pelo qual devem ser analisados dentro desse contexto, em especial, no estudo comparado<sup>7</sup>.

### 1.1.1 Sistemas que adotam a nulidade

A antiga doutrina americana fundou-se no aforismo que nega a qualidade de lei quando ela for inconstitucional: “*the unconstitutional statute is not law at all*”<sup>8</sup>. Assim, não sendo lei, afastam-se os efeitos dos atos nela baseados.

Posteriormente, a Suprema Corte americana, no precedente *Linkletter v. Walker*, em 1965, afirmou que a Constituição é omissa sobre o assunto, não proíbe nem impõe o efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade, e concluiu que devem ser sopesados, em cada caso, os méritos e deméritos da retroatividade<sup>9</sup>.

*Linkletter* havia sido condenado com base num sistema de provas, que admitia as obtidas por meio ilícito, segundo precedente *Wolf v. Colorado* (1949)<sup>10</sup>. Todavia, na decisão de *Mapp v. Ohio* (1961), a Suprema Corte superou aquele entendimento e reconheceu ser aquele sistema probatório contrário ao *due process of law*, estendendo a obrigatoriedade de tal regra às Cortes estaduais, bem como o direito de *habeas corpus* aos acusados cujas investigações e processos não tinham atendido à regra de exclusão das provas obtidas por meios ilegais.

Apesar da superação do entendimento, no julgamento de *Linkletter*, a Suprema Corte afastou a aplicação retroativa daquele precedente (*Mapp v. Ohio* – 1961) sob o fundamento de que a soltura dos prisioneiros não corrigiria a conduta imprópria da polícia nem concederia

<sup>7</sup> “Conforme já atrás ficou dito, o estudo da problemática da inconstitucionalidade encontra-se intimamente ligado a cada ordenamento jurídico concreto. Quer a definição de inconstitucionalidade – cujos contornos variam de Direito para Direito –, quer o valor da conduta inconstitucional – dependente da ponderação de cada Direito –, quer ainda o sistema de fiscalização da constitucionalidade – variável no tempo e no espaço – ganham a sua devida expressão dentro de certo ordenamento jurídico e é nesse contexto que devem ser analisados”. SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa, 1988. p. 26.

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 606.

<sup>9</sup> Ibidem, 574-575.

<sup>10</sup> MENDES, loc. cit.

harmonia ao relacionamento estadual-federal, devido à quebra da confiança dos órgãos do Estado nos precedentes anteriores e ao impor excessiva carga de trabalho à Justiça<sup>11</sup>.

No caso *Stovall v. Demno* (1967), a Suprema Corte consolidou a possibilidade de modulação dos efeitos, já firmada no caso *Linkletter*, estabelecendo três critérios para tal medida: “a) o propósito a ser servido pelos novos padrões; b) a extensão da confiança nos padrões antigos por parte das autoridades policiais; e c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos padrões novos”<sup>12</sup>.

Nenhuma das Constituições brasileiras possui disciplina explícita sobre o desvalor do ato inconstitucional, o que não implica a inexistência de regime próprio. No momento, suficiente antecipar que a antiga doutrina americana serviu de inspiração para a doutrina brasileira, desde a origem do controle de constitucionalidade no Brasil, na Constituição de 1891, de modo que a inconstitucionalidade importava nulidade<sup>13</sup>.

Nesse sentido, a conclusão de Rui Barbosa de que “toda medida, legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula”<sup>14</sup>. Assim, refutava-se qualquer efeito da lei inconstitucional, por entender que seu reconhecimento implicaria a suspensão provisória ou parcial da Constituição<sup>15</sup>. Consequentemente, reconhecia-se à decisão de inconstitucionalidade a natureza declaratória com efeito, em regra, retroativo, *ex tunc*.

A exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos da América, os países que adotaram a teoria da nulidade passaram a admitir, mesmo que de forma excepcional, a possibilidade de se preservar efeitos jurídicos gerados pela norma declarada inconstitucional. Busca-se evitar consequências ainda mais gravosas para a Constituição, com a destruição plena daqueles efeitos, pois esta acarretaria situações em que a declaração de nulidade minimizaria ao invés de otimizar a concretização da vontade constitucional<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> ROCHA JUNIOR, LUIS CLOVIS MACHADO DA. *A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014. p. 25.

<sup>12</sup> CINTRA, Fernando Vogel. *Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em controle difuso de constitucionalidade: contribuição para uma análise comparativa entre EUA e Brasil*. Rio Grande do Sul, 2010. p. 41. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27094/000763271.pdf;sequence=1>. Acesso em: 10 ago. 2016.

<sup>13</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 605-606.

<sup>14</sup> BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2004. p. 39-44.

<sup>15</sup> MENDES, loc. cit.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 598.

Isso ocorre quando a declaração de nulidade se mostra inadequada, em virtude de seus “efeitos colaterais”, como designado por Carlos Blanco de Morais<sup>17</sup>. Ocorre nos casos de omissão legislativa parcial e de benefício incompatível com o princípio da isonomia, pois a nulidade implicaria a retirada do ordenamento jurídico da parcela constitucional da norma<sup>18</sup>. Também é a hipótese em que a nulidade seria absolutamente intolerável para a segurança jurídica, por criar uma lacuna legislativa ameaçadora, situação de vácuo ou caos jurídico diante da inexequibilidade da decisão cassatória<sup>19</sup>.

Em Portugal, a própria Constituição (art. 282º, nº 1) estabelece o efeito retroativo como regra e prevê a ressalva dos casos julgados (nº 3) e a restrição da retroatividade quando a exigirem a segurança jurídica, as razões de equidade ou o interesse público de excepcional relevo (nº 4)<sup>20</sup>.

Na Alemanha, em regra, a declaração de inconstitucionalidade retroage desde o início da vigência da norma, ressaltando os casos julgados e as decisões inimpugnáveis, além da possibilidade de afastar ou limitar o alcance da retroatividade em decisões apelativas ou de mera incompatibilidade<sup>21</sup>.

Na Itália, a retroatividade é limitada, também, sem afetar os casos julgados, não estando liminarmente excluída a possibilidade de o Tribunal Constitucional restringir a eficácia retroativa<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> “De sorte que, a gênese das sentenças manipulativas e o respectivo desenvolvimento tenha surgido de algum modo, como consequência do interesse crescente dos Tribunais Constitucionais pelos 'efeitos colaterais' das suas decisões”. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 268.

<sup>18</sup> Por exemplo, lei sobre pagamento de vencimentos de funcionários públicos, sobre o sistema de admissão nas universidades e que concede privilégios tributários aos parlamentares com reflexos na remuneração e na independência do exercício do cargo. MENDES, op. cit., p. 599-600.

<sup>19</sup> Declaração de inconstitucionalidade sem as consequências de nulidade. Fixação de efeitos mais restritos para a declaração de inconstitucionalidade (art. 283º/4 CRP). Aplica-se para os casos de: 1. violação do princípio da igualdade frente à impossibilidade de o TC não poder substituir o legislador (soluções seriam eliminar a desvantagem ou favorecimento de um grupo em relação a outro ou revogar toda a legislação a esse respeito ou criar uma nova disciplina jurídica); 2. quando os efeitos da nulidade originaria uma situação de vácuo ou de caos jurídico manifestamente incompatível com a ordem constitucional (só o legislador poderia resolver essa questão); 3. inexistência de regras ou disciplina jurídica transitória que ofereça alternativa credível à solução consagrada na norma inconstitucional; 4. omissão legislativa inconstitucional, porque a nulidade não é capaz de criar uma situação constitucional. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 957-958. No mesmo sentido, MENDES, op. cit., p. 599-600.

<sup>20</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 819.

<sup>21</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 536-537 e 676-678.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 537 e 683-685.

### 1.1.2 Sistemas que adotam a anulabilidade

Kelsen entende que “as chamadas leis ‘inconstitucionais’ são leis conformes à Constituição que, todavia, são anuláveis por um processo especial”<sup>23</sup>. A lei é válida e deve ser aplicada por todos até sua anulação pelo órgão competente, cuja decisão tem caráter constitutivo e efeito, em regra, para o futuro, *ex nunc*, permanecendo intocados os efeitos até então produzidos.

Acrescenta Kelsen que uma lei não pode ser nula desde o início, mas apenas anulável e reconhece que esta anulabilidade tem diferentes graus<sup>24</sup>. A nulidade apenas seria o grau mais alto da anulabilidade e, por isso, acarretaria a anulação, com efeito retroativo, da norma até então considerada válida<sup>25</sup>.

Cita, como exemplos de nulidade com retroatividade, a anulação de uma lei penal acompanhada da anulação de todas as decisões judiciais proferidas com base nela, além da norma que não foi posta por órgão competente ou que tem um conteúdo que a Constituição exclui<sup>26</sup>.

Aponta Kelsen a necessidade de determinar o órgão que deverá verificar os pressupostos dessa nulidade, tendo esta verificação também caráter constitutivo. Para ele, como a nulidade da norma é efeito da verificação de seus pressupostos, “como não pode ser juridicamente afirmada antes de realizada tal verificação, esta verificação significa, mesmo quando se opere na forma de declaração de nulidade, a anulação, com efeito retroativo, de uma norma até aí válida”<sup>27</sup>.

Sua influência persiste no sistema austríaco que, com a revisão constitucional de 1975, manteve indiscutivelmente a eficácia *ex nunc* para a decisão de inconstitucionalidade, permitindo até mesmo a eficácia *pro futuro*, porém limitada a dezoito meses<sup>28</sup>. Trata-se de

<sup>23</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 304.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 306.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 308.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 306-308.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 308.

<sup>28</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 536 e 681-682.

previsão expressa do art. 140 (5), da Lei Constitucional-Federal austríaca: “[...]. A anulação entra em vigor com o expirar do dia da publicação se o tribunal constitucional não determina um prazo para o ficar sem vigor. Esse prazo não deve exceder 18 meses”<sup>29</sup>.

Apesar de estabelecida a regra da eficácia prospectiva da decisão de inconstitucionalidade (*ex nunc* ou *pro futuro*), excepcionalmente, “o Tribunal Constitucional pode optar pela anulação com eficácia *pro praeterito*, ainda que com a ressalva dos casos julgados”<sup>30</sup>.

Ademais, existe a previsão da retroatividade para o caso motivador (art. 140 (7))<sup>31</sup> e o Tribunal Constitucional tem estendido a retroatividade a todos os casos que estavam pendentes naquela Corte “na fase da audiência oral ou, na falta desta, no início da deliberação não pública”<sup>32</sup>.

### 1.1.3 Universalização das exceções

Importante observar que, a despeito da divergência sobre o valor jurídico do ato inconstitucional em cada um dos ordenamentos acima, inexistente, nulo e anulável, certo é que todos eles, como não poderia deixar de ser, depreciam ou invalidam, com maior ou menor intensidade, a norma que ofende formal ou materialmente a Constituição.

Como consequência do valor jurídico atribuído ao ato inconstitucional, há diferença

<sup>29</sup> Tradução de Luís Afonso Heck: “Art. 140 (...) (5) A decisão do tribunal constitucional, com a qual uma lei é anulada como anticonstitucional, obriga o chanceler federal ou o governador competente à publicação sem demora da anulação. Isso vale conforme o sentido para o caso de uma declaração segundo a alínea 4. **A anulação entra em vigor com o expirar do dia da publicação se o tribunal constitucional não determina um prazo para o ficar sem vigor.** Esse prazo **não deve exceder 18 meses**” (destacou-se). HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 125.

<sup>30</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 536.

<sup>31</sup> Tradução de Luís Afonso Heck: “Art. 140 (...) (7) Se uma lei foi anulada por anticonstitucionalidade ou se o tribunal constitucional declarou, segundo a alínea 4, que uma lei era anticonstitucional, então todos os tribunais e autoridades administrativas estão vinculados à decisão do tribunal constitucional. A todos os tipos realizados antes da anulação, **com exceção do caso motivador**, a lei, contudo, deve ser aplicada mais além, a não ser que o tribunal constitucional declare outra coisa em sua decisão anuladora. Se o tribunal constitucional em sua decisão anuladora fixou um prazo segundo a alínea 5, então a lei deve ser aplicada a todos os tipos realizados até o decurso desse prazo, com exceção do caso motivador (destacou-se). HECK, loc. cit.

<sup>32</sup> MEDEIROS, loc. cit.



entre os ordenamentos quanto à regra dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, ainda que admitam exceções para modulação de tais efeitos.

A modulação ocorre por questões de ordem prática derivadas de “situações incomuns”<sup>33</sup> ou “efeitos colaterais”<sup>34</sup> da decisão de inconstitucionalidade, independentemente do sistema adotado pelo ordenamento. Tal medida excepcional possibilita, inclusive, eventual receio do Tribunal em declarar a inconstitucionalidade para evitar os efeitos indesejados.

Em resumo, as teorias da inexistência e nulidade adotam a retroatividade com destruição dos efeitos gerados com base no ato inconstitucional, mas, excepcionalmente, preservam-nos. A teoria de Kelsen, anulabilidade, ao contrário, preserva, em regra, todos os efeitos pretéritos da norma que venha a ser reconhecida como inconstitucional, ressalvada a possibilidade de destruí-los, além da de postergar a eficácia da anulabilidade, como na Áustria, em até dezoito meses<sup>35</sup>.

Assim, ao tempo em que cada um dos sistemas preservou sua regra própria, houve uma universalização com a criação de exceções em todos eles, na tentativa de revelar a sanção mais adequada para certas situações de imperfeição constitucional<sup>36</sup>.

## 1.2 Valor jurídico do ato inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro

### 1.2.1 Omissão da Constituição Federal de 1988 – adoção implícita da nulidade

Independentemente do valor jurídico que é atribuído ao ato inconstitucional, a existência, em todos os sistemas, de exceções à regra dos efeitos temporais oferece mecanismos capazes de atribuir o efeito adequado a certas circunstâncias, quando da decisão

<sup>33</sup> ROCHA JUNIOR, LUIS CLOVIS MACHADO DA. *A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014. p. 20.

<sup>34</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 268.

<sup>35</sup> HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 125.

<sup>36</sup> MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 535. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 957. MARINONI, Luiz Guilherme. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 1001.

de inconstitucionalidade.

Todavia, isso não retira nem reduz o interesse na identificação do valor jurídico da lei ou ato normativo inconstitucional. Na realidade, essa questão não só persiste, como precede à modulação ou não dos efeitos retroativos ou *pro futuro* da declaração de inconstitucionalidade. Por isso, a controvérsia entre inexistência, nulidade e anulabilidade não deve ser centrada nos efeitos, mas sim no valor jurídico do ato inconstitucional.

Há autores, como Ana Paula O. Ávila<sup>37</sup> e Regina Maria M. Nery Ferrari<sup>38</sup>, que autonomizam a inconstitucionalidade como única invalidade que interessa ao estudo do efeitos da declaração da inconstitucionalidade, afastando-se da dicotomia entre nulidade e anulabilidade, por não visualizarem diferença intrínseca entre elas.

De qualquer forma, mesmo que se reconheça que a inconstitucionalidade, por si só, já representa um desvalor atribuído à norma contrária à Constituição, sua invalidade não se limita a tanto, como se observa na consideração de Regina Ferrari de que a norma inconstitucional é anulável<sup>39</sup>. Ana Paula Ávila afirma que a escolha entre nulidade e anulabilidade cabe ao legislador, sendo que o brasileiro, após transição entre doutrina e jurisprudência pátrias, optou pela regra da nulidade com suas exceções, através do art. 27, da Lei nº 9.868/99<sup>40</sup>.

Necessário, então, analisar qual o regime jurídico adotado pelo ordenamento<sup>41</sup> brasileiro para o ato inconstitucional, desde a sanção regra até as eventuais exceções.

O valor do ato inconstitucional, enquanto efeito principal da inconstitucionalidade, existe, por princípio, sempre e visa apagar ou atenuar “uma ofensa intolerável à harmonia do ordenamento jurídico”<sup>42</sup>. Já a retroatividade é um efeito secundário que visa sancionar aqueles que se consumaram e pode ou não existir, a depender de o ordenamento jurídico considerar

<sup>37</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 32.

<sup>38</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 157 e 270.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 513.

<sup>40</sup> ÁVILA, op. cit., p. 32-56.

<sup>41</sup> “Assim, de tudo o que foi dito, chega-se à conclusão preliminar de que, devido à falta de elementos intrínsecos que permitam identificar nulidade e anulabilidade como institutos diversos, cabe ao ordenamento jurídico fixar quais sejam esses vícios, bem como o regime de decretação e efeitos que lhes correspondam”. ÁVILA, op. cit., p. 35. Acerca da necessidade de se examinar a problemática dentro de certo ordenamento jurídico, ver nota 7. SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa, 1988. p. 26.

<sup>42</sup> SOUSA, op. cit., p. 30-31.

útil ou não<sup>43</sup>. Da mesma forma, o efeito paralisante da eficácia dos atos inconstitucionais ou a própria invalidade, diante da possibilidade de o ordenamento excepcionalmente postergar sua incidência<sup>44</sup>.

Assim, a destruição de efeitos, com ou sem retroatividade, é apenas uma consequência do desvalor atribuído pelo ordenamento jurídico à norma inconstitucional e pode ser alterada em determinadas circunstâncias, devido à insuficiência da regra geral, seja ela qual for. O mesmo ocorre com a sempre excepcional postergação dos efeitos sancionatórios do ato inconstitucional ou da própria invalidade também por opção/previsão do ordenamento jurídico.

No Brasil, o controle de constitucionalidade surge, na forma incidental, com a chamada Constituição provisória de 1890 (Decreto nº 848, de 11.10.1890) incorporado posteriormente pela Constituição de 1891<sup>45</sup>. O sistema misto de controle de constitucionalidade, por sua vez, surge com a emenda à Constituição de 1946, através da Emenda Constitucional nº 16, de 26.11.1965, com a instituição do controle concentrado<sup>46</sup>.

Nenhuma dessas Constituições nem as posteriores, inclusive a atual Constituição Federal de 1988, possuem disciplina explícita sobre a matéria. Entretanto, tal omissão não implica a inexistência de um regime próprio para o valor do ato inconstitucional, embora possa suscitar questionamentos acerca da real escolha do legislador constituinte.

Um dos questionamentos, inclusive objeto de ação em curso, ADI 2258<sup>47</sup>, fundamenta-se na rejeição, pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, de proposta de emenda para atribuir ao Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado, a competência para decidir se o ato declarado inconstitucional perderia eficácia desde sua entrada em vigor ou somente após a publicação da decisão declaratória<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa, 1988. p. 30-31.

<sup>44</sup> Na Áustria, a anulação pode entrar em vigor no prazo definido pelo Tribunal Constitucional, desde que não exceda a 18 meses. HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 125.

<sup>45</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23-36.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 35-38.

<sup>47</sup> Na ADI 2258, ainda em andamento, aponta-se a inconstitucionalidade art. 27, da Lei nº 9.868/99, que será analisada no próximo tópico, diante da adoção da teoria da nulidade, tendo em vista a rejeição da emenda, pela Assembleia Nacional Constituinte. Íntegra da petição inicial da ADI 2258 disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1835254>. Acesso em: 10 fev. 2016.

<sup>48</sup> Proposta da emenda transcrita na inicial da ADI 2258, p. 11.

A emenda previa tanto a adoção da teoria da nulidade do ato inconstitucional com efeito *ex tunc*, quanto a excepcionalidade de modular os efeitos para o momento da publicação da decisão, *ex nunc*.

A rejeição da emenda, por si só, não é suficiente para concluir pela inexistência de um regime de valoração do ato inconstitucional ou pelo afastamento da teoria da nulidade com a consequente adoção de outro regime, seja o da inexistência ou da anulabilidade. Também não é capaz de excluir de pronto a possibilidade de modulação. Na verdade, limitou-se a preservar implícito o valor jurídico do ato inconstitucional, como dito, tradição já das constituições anteriores.

Para desvendar essa opção implícita do constituinte, deve-se relembrar a origem do controle de constitucionalidade brasileiro, que já vem desde sua implantação, ainda na Constituição de 1891, exclusivamente difuso, por influência do sistema norte-americano, que também não possuía regra expressa, mas já adotava a teoria da nulidade<sup>49</sup>.

Importante destacar que a antiga doutrina americana também serviu de inspiração para a doutrina brasileira. Rui Barbosa, ao comentar sobre a nulidade do ato inconstitucional no sistema americano, acrescenta:

Essa consequência resulta evidentemente da própria essência do sistema. Onde se estabelece uma Constituição, com delimitação da autoridade para cada um dos grandes poderes do Estado, claro é que estes não podem ultrapassar essa autoridade, sem incorrer em incompetência, o que em direito equivale a cair em nulidade<sup>50</sup>.

Rui Barbosa faz ainda referência expressa de que não se trata de considerações peculiares à nação americana, baseando-se “não tanto nos textos como na índole de seu regime constitucional, que a Constituição brasileira reproduz”<sup>51</sup>. Mais adiante, conclui: “Toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência nula. Atos nulos da legislatura não podem conferir poderes válidos ao Executivo”<sup>52</sup>.

Elival da Silva Ramos destaca a incompatibilidade visceral entre o controle difuso e a sanção da anulabilidade, em virtude de notas tipificadoras daquele, para indicar a adoção da “sanção da nulidade nos sistemas de controle de matriz estadunidense, ainda que não

---

<sup>49</sup> Ver item 1.1.1.

<sup>50</sup> BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2004. p. 40.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 41-42.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 43.

consagrada explicitamente em norma constitucional”<sup>53</sup>.

Gilmar Mendes também ressalta a influência da antiga doutrina americana e que “o dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do Direito brasileiro”<sup>54</sup>.

Além da literatura jurídica brasileira, também pela mesma influência, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, ADI 652/MA, RE 93.173 e RE 93.356<sup>55</sup>, aponta para o regime jurídico da nulidade do ato inconstitucional.

Para além dessa influência, é certo que a inexistência e a anulabilidade também são desvalores atribuíveis ao ato inconstitucional em outros ordenamentos<sup>56</sup>, motivo pelo qual há que se fazer sua distinção para verificar se persiste a escolha implícita do ordenamento brasileiro.

A inexistência representa o grau máximo de desvalor de um ato. Diz respeito à ausência de um ou vários elementos, pressupostos ou formalidades mínimas e essenciais para materialização do ato legislativo, como assinatura, promulgação e publicação<sup>57</sup>.

O vício é manifesto e evidente, de forma que não se trata de lei, mas de pretensa ou aparente lei<sup>58</sup>, motivo pelo qual não deve ser executada pela Administração Pública e deve ser recusada por todos<sup>59</sup>.

Não se confunde a inexistência com a inobservância da repartição de competência e das demais exigências do processo legislativo previsto na Constituição, uma vez que esses

<sup>53</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 121.

<sup>54</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 605-606. No mesmo sentido, ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 37-38.

<sup>55</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 652/MA. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 02.04.1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266472>. Acesso em: 01 nov. 2013. STF – Segunda Turma – RE 93.173. Rel. Min. Firmino Paz, j. 15.06.1982, unânime. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=186694>. Acesso em: 23 fev. 2016. STF – Segunda Turma – RE 93.356. Rel. Min. Leitão de Abreu, j. 24.03.1981, unânime. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=186863>. Acesso em: 23 fev. 2016.

<sup>56</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 367-368.

<sup>57</sup> “Assim, sob o pressuposto da existência do ato legislativo (ou administrativo-normativo), cuida-se de avaliar a sua obediência aos requisitos de validade fixados pela Constituição-parâmetro”. RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48. No mesmo sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 953. SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa, 1988. p. 159-160.

<sup>58</sup> “Pseudo-leis”. CANOTILHO, op. cit., p. 954.

<sup>59</sup> SOUSA, op. cit., p. 164 e 179.

vícios configuram a inconstitucionalidade formal<sup>60</sup> de lei detentora dos elementos mínimos e essenciais para sua existência.

A invalidade pressupõe a existência de um ato, que pode ser nulo ou anulável, na medida em que é “total ou parcialmente desprovido da susceptibilidade intrínseca de produzir os efeitos jurídicos prototípicos”<sup>61</sup>. Independentemente de o vício ser formal ou material, a inconstitucionalidade é vista como uma figura unitária<sup>62</sup> e se submete a esse juízo de invalidade, posterior ao de existência.

Refutada a inexistência, resta descobrir qual invalidade, nulidade ou anulabilidade é adotada no Brasil como valor jurídico do ato inconstitucional.

A nulidade e a anulabilidade são intrinsecamente semelhantes e representam graus do mesmo desvalor. Dizem respeito a defeitos contemporâneos à formação do ato, respectivamente, com maior ou menor intensidade para invalidá-lo<sup>63</sup>.

A depreciação do ato inconstitucional decorre do fato de contrariar a norma constitucional em que se funda sua validade<sup>64 65</sup>. Viola, de forma mais intensa, por atingir a Constituição, o princípio da hierarquia das normas jurídicas, que objetiva a unidade da ordem jurídica e a ausência de contradições no ordenamento.

Canotilho afirma que a teoria da nulidade concretiza o princípio da hierarquia das normas jurídicas por seguir a lógica de que “as leis inconstitucionais são nulas de pleno direito porque, desde o início, violam a norma ou normas hierarquicamente superiores da

<sup>60</sup> “A inconstitucionalidade formal é 'aquela decorrente da violação das normas-parâmetro que disciplinam o processo legislativo’”. RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49.

<sup>61</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa, 1988. p. 160-161.

<sup>62</sup> “A figura da **inconstitucionalidade** era considerada pela doutrina clássica como uma figura unitária, pois toda e qualquer lei denunciada como enfermando de *vícios* materiais, formais, orgânicos ou procedimentais, deveria considerar-se *inconstitucional* e, consequentemente, nula *ipso jure*. Daí o silogismo tendencialmente tautológico desta doutrina: (1) uma lei inconstitucional é nula; (2) uma lei é nula porque é inconstitucional; (3) a inconstitucionalidade reconduz-se à nulidade e a nulidade à inconstitucionalidade. Os pressupostos de uma tal doutrina carecem de uma explicação mais desenvolvida” (negrito no original). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 948.

<sup>63</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 32.

<sup>64</sup> SOUSA, op. cit., p. 77.

<sup>65</sup> “O vício de inconstitucionalidade corresponde a essa desconformidade estática (relativa ao conteúdo), ou dinâmica (relativa ao processo de formação), de caráter vertical (hierárquico), entre a lei e a Constituição, resolvida, sempre, em favor das normas de grau superior, que funcionam como fundamento de validade das inferiores”. RAMOS, op. cit., p. 48-49.

constituição”<sup>66</sup>.

Diante da maior gravidade do vício da inconstitucionalidade, associada à influência do controle difuso norte-americano, que adota a teoria da nulidade, a ausência de disciplina explícita nas Constituições brasileiras induz que a resposta desejada pelo ordenamento, implicitamente, é a que o afeta com maior intensidade, isto é, a nulidade em detrimento da anulabilidade.

Aplica-se o critério apontado por Marcelo Rebelo de Sousa do interesse preponderantemente protegido na classificação da invalidade do ato inconstitucional. No caso de conflito ou ponderação entre interesses exclusivamente públicos, prevalecem os da tutela da constitucionalidade, de modo que a invalidade do ato deve ser a nulidade<sup>67</sup>.

O mesmo autor denomina a nulidade de atípica nos casos de limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, previsto na Constituição da República portuguesa, porque é dada alguma relevância jurídica ao interesse não predominante, atenuando ou mitigando a nulidade típica<sup>68</sup>.

Na verdade, deve-se reconhecer a atipicidade, não da nulidade propriamente dita, mas apenas de seus efeitos temporais, porque são mitigados ou atenuados através da preservação de alguns ou todos os atos decorrentes da aplicação do ato inconstitucional, inclusive para o futuro. Também não se verifica uma alteração do interesse público preponderante, desde quando a limitação dos efeitos temporais também se fundamenta no princípio da constitucionalidade, ainda que expresso através da segurança jurídica ou do excepcional interesse social<sup>69</sup>, no caso do Brasil.

Justamente pela intensidade do vício, espera-se que a norma nula não produza

<sup>66</sup> “Remontando aos postulados positivistas da *unidade da ordem jurídica* e da *ausência de contradições no ordenamento* jurídico, e pressupondo, mais ou menos explicitamente, uma *teoria gradualista das fontes de direito*, a regra da nulidade *ipso jure* é uma dedução perfeitamente lógica: as leis inconstitucionais são nulas de pleno direito porque, desde o início, violam a norma ou normas hierarquicamente superiores da constituição. Nessa perspectiva, a nulidade *ipso jure* das leis é, no fundo, uma concretização do princípio da hierarquia das normas (*lex superior derogat legi inferior*)” (itálicos no original). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 948.

<sup>67</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa, 1988. p. 232-233.

<sup>68</sup> “n) podem ser, porém, relevantes os interesses públicos da certeza e segurança jurídicas, da afirmação da equidade ou qualquer outro interesse público de excepcional relevo ou do sistema de fiscalização da constitucionalidade adoptado, mitigando ou atenuando a nulidade, que se apresenta então como atípica” (grifou-se). Idem.

<sup>69</sup> O próprio Marcelo Rebelo de Sousa reafirma que a redução dos efeitos da nulidade é “um corolário do princípio da Constitucionalidade e não carece de invocar razões de interesse público de qualquer natureza (como as elencadas no Artigo 282, nº 4 da Constituição) para poder ser efetivada”. Ibidem, p. 232-233 e 247.

efeitos. Essa deve ser a regra, mesmo que haja exceções. Ademais, como visto acima, a destruição dos efeitos é uma consequência, sanção, e não um elemento intrínseco da nulidade<sup>70 71</sup>. A preservação de alguns efeitos gerados pela norma inconstitucional em determinadas e excepcionais circunstâncias, por si só, não desnatura a invalidade, a nulidade do ato.

Por um lado, o silêncio das Constituições brasileiras, influenciadas pelo sistema americano, indica a adoção da teoria da nulidade para atacar severamente o vício de maior gravidade, apesar de, excepcionalmente, preservar alguns ou todos os atos derivados da norma inconstitucional, se assim interessar para a tutela da supremacia da Constituição.

Por outro lado, esse silêncio demonstra que deixou de adotar a teoria da anulabilidade que, em regra, preserva todos os atos derivados da norma inconstitucional; para, excepcionalmente, retroagir para afetá-los. A adoção do modelo, por assim dizer, mais tolerante e contrário à tradição incorporada do modelo norte-americano, dependeria de expressa previsão constitucional, como ocorre na Áustria<sup>72</sup>. Por isso, a recusa da emenda que pretendia explicitar todo o regramento não é suficiente para afastar a teoria da nulidade.

Importante salientar que não se busca aqui apontar o melhor sistema, até porque não há uma regra absoluta para o valor jurídico do ato inconstitucional, de forma que cada sistema possui suas especificidades, regras e exceções. O objetivo aqui é identificar o regime adotado pela atual Constituição brasileira para o ato inconstitucional, ainda que implicitamente, diante de ausência de regramento explícito sobre o tema.

Merece ainda destaque outro critério de diferenciação utilizado por Marcelo Rebelo de Sousa, entre invalidade e ineficácia, porque o ato inconstitucional é, em princípio, inválido por contrariar a norma em que se funda a sua validade, mas não necessariamente ineficaz<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> “Na verdade, o que aparta o desvalor do acto inconstitucional da sua ineficácia «stricto sensu», quando associada à inconstitucionalidade, é uma clivagem qualitativa - **a depreciação do acto decorre da ausência ou imperfeição nos pressupostos ou elementos do acto, ao passo que a ineficácia, quando associada à inconstitucionalidade, resulta de facto ou factos exteriores ao acto considerado, que não incidem sobre o seu valor, mas apenas sobre a susceptibilidade de um acto** existente e válido produzir todos ou alguns dos efeitos que normalmente lhe corresponderiam” (negritou-se). SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa, 1988. p. 152.

<sup>71</sup> MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 852.

<sup>72</sup> HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 125.

<sup>73</sup> Ao tempo em que aquele autor reconhece, em princípio, um “paralelismo entre inexistência e invalidade, de um lado, e ineficácia, do outro, (ou seja um acto inexistente ou inválido é, por esse motivo, por regra, ineficaz)”, afasta a integração desses conceitos. SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa, 1988. p. 149.



O fato de o vício não ter sido ainda declarado, permanecer “oculto”, não é suficiente para atribuir a validade ao ato inconstitucional. O vício existe desde a origem, mas, até seu reconhecimento, a norma é eficaz por ser aplicada regularmente com a prática de diversos atos, devido ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis<sup>74</sup>.

Somente com a decisão pelo órgão competente para o reconhecimento da inconstitucionalidade, a norma tem sua nulidade declarada com efeitos, em regra, retroativos, ressalvada a possibilidade de, excepcionalmente, serem preservados alguns ou todos os efeitos do ato inconstitucional.

A possibilidade de preservação de efeitos do ato inconstitucional não afasta a regra da nulidade, pois esta não possui como requisito logicamente indispensável a ausência absoluta de aptidão para produzir efeitos<sup>75</sup>.

Portanto, a eficácia temporária da norma, por gozar da presunção de constitucionalidade, não implica a adoção do regime de anulabilidade da norma inconstitucional, pois o reconhecimento de sua invalidade, enquanto nula, destrói os efeitos até então gerados. Nem mesmo a eventual preservação de alguns ou de todos os efeitos da norma inconstitucional impede a adoção da teoria da nulidade, pois ambos os sistemas possuem exceções.

A própria teoria da anulabilidade não afasta o vício da norma inconstitucional. Sua preocupação é em estabelecer, como regra, a preservação dos atos decorrentes da lei enquanto não for declarada sua inconstitucionalidade, o que também é justificável pela presunção de constitucionalidade e, em casos excepcionais, pela preservação das situações originadas na sua vigência.

A invalidade, nulidade, da norma inconstitucional através do controle de constitucionalidade visa proporcionar a estabilidade à ordem jurídica e a previsibilidade aos jurisdicionados. Essa segurança pode ser proporcionada ao ordenamento jurídico, tanto pela regra da retroatividade, quanto pela excepcionalidade da preservação de alguns atos constituídos sob a égide da lei inconstitucional.

---

<sup>74</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 324.

<sup>75</sup> “Não nos repugna, em face do exposto, admitir que, em certos casos, a eventual limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não briga com a nulidade da lei inconstitucional”. [...]. A ausência absoluta de aptidão para produzir efeitos não é requisito logicamente indispensável do conceito de nulidade”. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 764.

Por isso, pretende-se analisar a mitigação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no ordenamento brasileiro, mais especificamente, *pro futuro*, desde a identificação de seus requisitos e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal.

### 1.2.2 Disciplina infraconstitucional – adoção implícita da nulidade e modulação expressa no art. 27, da Lei nº 98/68/99 – constitucionalidade

A Constituição Federal do Brasil de 1988, assim como as anteriores, mesmo após as diversas emendas, não disciplina expressamente acerca do valor jurídico do ato inconstitucional<sup>76</sup> nem mesmo sobre os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, seja no controle difuso ou no concentrado.

As Emendas Constitucionais nº 3/93<sup>77</sup> e nº 45/04<sup>78</sup> acrescentaram ao texto constitucional alguns efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato (art. 102, § 2º, CF/88), mas não se preocuparam em elencar seus efeitos temporais. Somente houve a previsão da eficácia geral e efeito vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal, sucessivamente na ação declaratória de constitucionalidade (EC nº 3/93) e nesta e na ação direta de inconstitucionalidade (EC nº 45/04).

A Constituição de Portugal é um exemplo inverso, como se observa no artigo 282º, com a rubrica de efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade. Naquele, estabelecem-se expressamente os termos e o momento a partir do qual se produzem os efeitos daquela decisão, além das situações peculiares ou mesmo hipóteses excepcionais de modulação e seus requisitos.

Os efeitos retroativo e repristinatório não são consequências necessárias da declaração de inconstitucionalidade, mas efeitos secundários do desvalor atribuído pelo ordenamento jurídico<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Ver item 1.2.1.

<sup>77</sup> Emenda Constitucional nº 3/93. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm). Acesso em: 19 fev. 2016.

<sup>78</sup> Emenda Constitucional nº 45/04. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm). Acesso em: 19 fev. 2016.

<sup>79</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa, 1988. p. 30-31 e MEDEIROS, Rui. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 845.

Ao estabelecer a produção de efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional (retroatividade) e a repristinação das normas eventualmente revogadas (art. 282º, nº 1), a Constituição portuguesa indica a adoção do regime nulidade como a sanção da norma inconstitucional.

Outrossim, o efeito *ex nunc*, previsto para no art. 282º, nº 2, da Constituição portuguesa sequer representa uma exceção ao princípio da retroatividade da inconstitucionalidade originária, mas apenas uma adequação à natureza superveniente da inconstitucionalidade ali prevista<sup>80</sup>.

Canotilho afirma que os nºs 1 e 2, do art. 282º apontam que a reação típica da Constituição portuguesa contra o ato normativo inconstitucional é a sanção de nulidade<sup>81</sup>.

A possibilidade excepcional de fixar efeitos com alcance mais restrito do que a regra dos nºs 1 e 2, por razões de segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo, ratificam a adoção, pelo ordenamento português, da regra da nulidade como sanção da norma inconstitucional.

No Brasil, apesar do silêncio de todas as Constituições e da insuficiência da disciplina sobre eficácia geral e efeito vinculante para identificar o valor jurídico do ato constitucional, implicitamente, adota-se a teoria da nulidade da norma inconstitucional, haja vista a supremacia da Constituição e o princípio da hierarquia das normas, associados à influência do controle difuso norte-americano desde a criação do sistema de fiscalização de constitucionalidade<sup>82</sup>.

A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, também é omissa quanto ao efeito regra da decisão de inconstitucionalidade. Traz apenas a medida excepcional da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, através de dois terços dos seus membros, para que só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado (*ex nunc*) ou de outro momento que venha a

<sup>80</sup> MEDEIROS, Rui. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 824.

<sup>81</sup> “A reacção ou sanção típica da ordem constitucional portuguesa contra a inconstitucionalidade dos actos normativos é a sanção da **nulidade**. Um acto normativo que não preenche os requisitos materiais, formais, orgânicos e procedimentais estabelecidos pela Constituição é um acto *inválido*, totalmente improdutivo (*nulidade absoluta*). Neste sentido aponta claramente o art. 282. nº 1 e 2”. (destaques no original). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 956.

<sup>82</sup> Ver item 1.2.1.

ser fixado (art. 27, da Lei n. 9.868/99).

A exemplo da conclusão acima sobre a Constituição brasileira, ratificada pela medida excepcional prevista na Constituição portuguesa, deduz-se dessa legislação infraconstitucional a regra geral implícita do efeito retroativo (*ex tunc*), uma vez que aquele dispositivo permite ao STF restringir os efeitos temporais daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

O tratamento pelo legislador brasileiro, fora da Constituição, acerca da matéria de conteúdo constitucional sobre os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, suscita a dúvida sobre sua própria constitucionalidade, inclusive por ser matéria reservada à Constituição<sup>83</sup>.

Existem, em andamento, duas ações diretas de inconstitucionalidade, ADIs nº 2154 e 2258, ajuizadas, respectivamente, em fevereiro e julho de 2000, onde se questiona a constitucionalidade do art. 27, da Lei nº 9.868/99<sup>84</sup>. Houve a unificação do processamento de tais ações, deixando o relator de apreciar o pedido de medida cautelar, para submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação, conforme autoriza o art. 12, da Lei nº 9.868/99, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica.

Iniciou-se o julgamento das preliminares, em 16.02.2007, mas foi suspenso por falta de quórum para apreciação da questão referente ao art. 27, sem que tivesse sido retomado até setembro de 2016. Em 11.02.2016, a Min. Cármen Lúcia devolveu os autos para julgamento, foram prestados esclarecimentos, mas ainda sem inclusão na pauta.

O principal argumento é exatamente a violação do princípio da legalidade com base na teoria da nulidade adotada reiteradamente pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal, ressaltando, na ADI 2154, que a matéria é exclusivamente constitucional<sup>85</sup>. Acrescenta-se, na

<sup>83</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. *O direito do contencioso constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2011. p. 294 e RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 300.

<sup>84</sup> Andamento processual disponível, respectivamente, **ADI 2154** em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1807999> e **ADI 2258** em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1835254>. Acesso em: 05 out. 2016.

<sup>85</sup> Petições iniciais das ADIs 2154 e 2258. Disponíveis, respectivamente, em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1807999> e <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1835254>. Acesso em: 08 nov. 2013.

ADI 2258, que foi rejeitada pela Assembleia Constituinte a proposta de emenda para atribuir ao Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado, a competência para decidir se o ato declarado inconstitucional perderia eficácia desde sua entrada em vigor ou somente após a publicação da decisão declaratória.

A rejeição da emenda, por si só, não seria um problema para a constitucionalidade da norma, desde que observado o regime efetivamente adotado pela Constituição.

A Constituição de 1988 terminou sem possuir nenhuma disciplina expressa sobre a matéria, como ocorreu desde a criação do controle de constitucionalidade brasileiro, em 1891. Demonstrou-se acima que o silêncio, associado à influência americana, permite concluir pela adoção implícita da teoria da nulidade da norma inconstitucional.

Elival da Silva Ramos destaca que, no Brasil, a nulidade da lei inconstitucional é “princípio constitucional implícito, que não pode ser afastado pela legislação ordinária”, “não em face da supremacia da Carta Magna e sim em virtude das características básicas de nosso sistema de controle”<sup>86</sup>.

O próprio art. 27, da Lei nº 9.868/99, adotou a mesma regra implícita da Constituição da teoria da nulidade, estando, então, em sintonia com o tratamento constitucional da matéria. Por isso afastam-se as dúvidas da constitucionalidade por a matéria estar disciplinada em norma infraconstitucional.

Observou-se também que cada ordenamento repudia a inconstitucionalidade através de determinado regime jurídico, inexistência, nulidade ou anulabilidade<sup>87</sup>. Todos eles, porém, possuem, expressa ou implicitamente, mecanismos excepcionais de relativização ou mitigação das regras próprias daquele regime, a fim de tutelar a supremacia da Constituição e o princípio da hierarquia das normas, evitando os “efeitos colaterais” da decisão de inconstitucionalidade<sup>88</sup>.

No Brasil, não era diferente. O Supremo Tribunal Federal já vinha reconhecendo a excepcionalidade, como em julgados de 1974 e 1981<sup>89</sup>, antes mesmo da promulgação da Lei

<sup>86</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 295.

<sup>87</sup> Ver item 1.1.

<sup>88</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 268.

<sup>89</sup> São casos em que, apesar de reconhecerem a inconstitucionalidade da investidura do servidor público, oficial de justiça, preservaram-se os atos por ele praticados, com efeitos *ex nunc*. STF – Primeira Turma – RE 78209/SP. Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. em 04.06.1974. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173630>. STF – Segunda Turma – RE 78533/SP. Rel. Min. Firmino Paz, j. em 03.11.1981. Disponível em:

nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e da própria Constituição de 1988, que não inovou quanto aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em relação às anteriores. Assim como ocorreu com a adoção da teoria da nulidade, as medidas excepcionais aos seus efeitos retrativos representam mais uma disciplina implícita da Constituição<sup>90</sup>.

A atividade desempenhada pelo Supremo na modulação dos efeitos decorre da própria aplicação sistemática do texto constitucional<sup>91</sup>, já que afasta a regra da retroatividade ou mesmo da inaplicabilidade imediata da norma inconstitucional em favor de outro princípio constitucional que melhor assegura sua supremacia. A simples disciplina da exceção à teoria da nulidade, ainda que em legislação infraconstitucional, não configura uma inconstitucionalidade, desde que observado o regime adotado pela Constituição.

Ademais, verifica-se a cautela do legislador de exigir um quórum qualificado de dois terços do STF para a medida excepcional, superior à maioria absoluta necessária para a regra geral para declaração de inconstitucionalidade com efeito retroativo (art. 97, da CF/88 e art. 23, da Lei nº 9.868/99).

Apesar de tratada matéria constitucional em lei infraconstitucional, a regra implícita na Constituição da nulidade e a possibilidade de medidas excepcionais conferem ao art. 27, da Lei nº 9.868/99, um caráter meramente declarativo e constitucional nesse aspecto.

Aquela norma apenas tornou explícita a matéria no ordenamento jurídico e impôs certos requisitos para sua efetivação, a exemplo do art. 282º, nº 4, da Constituição de Portugal, que lhe serviu de inspiração. Pode-se até dizer, como destacou Ana Paula Ávila, que a disciplina do art. 27, da Lei nº 9.868/99, operou certa “restrição a expedientes que o Supremo já vinha adotando em alguns julgados, ainda que em caráter excepcional e sem necessidade de preenchimento desses requisitos”<sup>92</sup>.

As sentenças interpretativas condicionais, interpretação conforme à constituição ou declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, também são admitidas sem previsão expressa na Constituição e estão previstas expressamente na Lei nº 9.868/99 (art. 28,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173939>. Acesso em: 27 out. 2013.

<sup>90</sup> Em sentido contrário, Elival da Silva Ramos, ao tempo em que defende a nulidade da norma inconstitucional como princípio implícito da Constituição, entende inconstitucional o art. 27, da Lei 9.868/99 “na medida em que interfere nos efeitos inerentes à sanção de nulidade”. RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 300.

<sup>91</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 640 e 647.

<sup>92</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 57.

parágrafo único).

Retomando a análise das ADIs 2154 e 2258, nos dezesseis anos de processamento, não houve manifestação do relator ou do Plenário sobre a inconstitucionalidade do art. 27, da Lei nº 9.868/99, nem mesmo em sede cautelar, em que se pretende sua suspensão para que todas as decisões de inconstitucionalidade produzam efeito *ex tunc*.

Na verdade, o relator utilizou-se da faculdade prevista no art. 12, da Lei nº 9.868/99 (não impugnado) de encaminhar o processo diretamente para o julgamento definitivo<sup>93</sup>, com base na relevância da matéria e seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica.

Por outro lado, nesse longo período já decorrido, o Supremo Tribunal Federal manteve a prática anterior àquela legislação de modular os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, limitando sua retroatividade. Foi além e promoveu, no controle concentrado, a modulação *pro futuro*<sup>94</sup> e até mesmo em controle difuso<sup>95</sup>.

A prática reiterada do dispositivo questionado sinaliza, de certo modo, a prevalência de sua constitucionalidade pelas composições do Supremo Tribunal Federal durante esse período ou, nas palavras de Ana Paula Ávila, “milita, no mínimo, a possibilidade de ser interpretado em conformidade com a Constituição, de modo que sua inconstitucionalidade, em tese, há que ser rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal”<sup>96</sup>.

Dentre os vários casos de modulação, o STF já sinaliza a constitucionalidade do art. 27, da Lei nº 9.868/99, ao afirmar que ele “tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais, de modo que sua efetiva aplicação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior”, nas ADIs 3601<sup>97</sup> e 4425<sup>98</sup>.

De fato, esse panorama leva à expectativa de rejeição da inconstitucionalidade pelo

<sup>93</sup> Decisão monocrática disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2154%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/d6tl6pn>. Acesso em: 24 ago. 2016.

<sup>94</sup> No controle concentrado, os primeiros casos em que o STF acolheu a inconstitucionalidade com a modulação *in futuro* de seus efeitos foram as ADIs, 3022/RS, 2240-7/BA, 3689-1/PA, 3489/SC, 3316-6/MT, 3682/MT, 3.819/MG, que serão comentados mais adiante.

<sup>95</sup> STF – Tribunal Pleno - RE 197917, Relator Min. Maurício Correa, j. em 24.03.2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. Acesso em: 24 abr. 2013.

<sup>96</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 67.

<sup>97</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 3601 ED, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 09/09/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617937>. Acesso em: 24 ago. 2016.

<sup>98</sup> STF – Tribunal Pleno - ADI 4425 QO/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 25.03.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016259>. Acesso em: 08 dez. 2015.

Supremo Tribunal Federal, o que potencializa ainda mais a relevância do presente tema.

Entretanto, caso o Supremo Tribunal Federal venha a reconhecer a inconstitucionalidade do art. 27, da Lei nº 9.868/99, possível imaginar um julgamento, no mínimo, curioso. Isso porque a existência de diversos julgados da própria Corte com a modulação dos efeitos proporcionou a realização ou a preservação de inúmeros atos fundados na norma reconhecida como inconstitucional, durante o período em que seus efeitos foram manipulados.

Assim, aparenta ser uma situação fértil para suscitar a discussão acerca da necessidade de modular os efeitos dessa eventual decisão de inconstitucionalidade do art. 27, da Lei nº 9.868/99, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

De qualquer forma, a completa constitucionalidade do mecanismo excepcional de modulação dos efeitos dependerá da análise dos conceitos indeterminados estabelecidos como requisitos pelo legislador infraconstitucional para orientar a atuação do Supremo Tribunal Federal<sup>99</sup>, a fim de constatar se são hábeis a promover aquilo que propõem, a tutela da supremacia da Constituição e do princípio da hierarquia das normas.

### 1.3 Natureza da decisão de inconstitucionalidade

A questão da natureza da decisão de inconstitucionalidade está diretamente ligada ao valor jurídico atribuído ao ato inconstitucional, variável em cada ordenamento jurídico, motivo pelo qual também deve ser analisado dentro de seu contexto.

Quando o ordenamento sanciona a norma inconstitucional como ato anulável, a exemplo da Áustria, ela goza de “validade provisória ou condicional”<sup>100</sup> e somente é eliminada com sua anulação pelo órgão competente para o controle de constitucionalidade.

---

<sup>99</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 57.

<sup>100</sup> “De outra parte, se a sanção cominada para a lei inconstitucional é a de anulabilidade, deve-se ter em conta que goza ela de validade provisória ou condicional, decorrente de sua projeção no plano da validade, ainda que de forma defeituosa, o que lhe permite a produção de efeitos, pelo menos até o momento em que sobrevenha a decisão de controle”. RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 88.



Consequentemente, a decisão de inconstitucionalidade possui natureza constitutiva, “na medida em que importa na modificação de uma situação jurídica preexistente, mediante a invalidação do diploma legal contraventor”<sup>101</sup>. Embora a sanção esteja prevista no próprio ordenamento jurídico, somente é imposta por força do provimento jurisdicional<sup>102</sup>, dotada, em regra, de efeitos *ex nunc*.

Kelsen aponta o equívoco de se designar de “‘declaração de nulidade’, quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como ‘nula desde o início’ (*ex tunc*)”<sup>103</sup>. Para ele, nesses casos excepcionais, na verdade, a decisão anula a lei com eficácia retroativa, motivo pelo qual preserva seu caráter constitutivo e não simplesmente declarativo<sup>104</sup>.

Tratamento diverso ocorre no ordenamento que sanciona a norma inconstitucional como ato nulo, a exemplo do Brasil, pois a lei é fulminada com nulidade desde o início, que é apenas reconhecida pela decisão no controle de constitucionalidade<sup>105</sup>. Consequentemente, a decisão de inconstitucionalidade, no ordenamento brasileiro, possui natureza predominantemente declaratória<sup>106 107</sup>.

Mais uma vez, importante lembrar Marcelo Rebelo de Souza, agora, ao destacar que a retroatividade não deve ser considerada característica autônoma do regime de nulidade, “mas um mero corolário primário da paralisia de efeitos do acto nulo e secundário da natureza declarativa da intervenção jurisdicional em matéria de fiscalização da constitucionalidade”<sup>108</sup>.

Dessa forma, excepcionalmente, essa regra da retroatividade pode ser afastada. Isso ocorre nos casos de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, acarretando a atipicidade da nulidade, sem a destruição de alguns ou de todos os efeitos até então gerados<sup>109</sup>.

<sup>101</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 88.

<sup>102</sup> Idem.

<sup>103</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 307.

<sup>104</sup> Idem.

<sup>105</sup> “Portanto, nos sistemas jurídicos em que se adota a sanção de nulidade, para o ato inconstitucional a decisão de controle não apresenta propriamente efeitos retroativos; pode-se falar, sim, em uma aparência de retroatividade ou em uma retroatividade imprópria, que consiste, precisamente, no reconhecimento da sanção imposta *ab initio* pelo ordenamento”. RAMOS, loc. cit.

<sup>106</sup> OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex edições jurídicas, 1993. p. 84.

<sup>107</sup> Em sentido contrário, Pontes de Miranda, ao defender que não há sentenças puras, classifica-as pela predominância da eficácia desses elementos e afirma que a decisão de inconstitucionalidade é constitutiva negativa, porque, para ser declaratória, entende que teria que ser reconhecida sua inexistência. Pontes de Miranda apud FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 175.

<sup>108</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa, 1988. p. 256.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 261.

Fundamental essa distinção entre a decisão de inconstitucionalidade de invalidez-regra, nulidade e as excepcionais modulações dos efeitos. No primeiro caso, não há inovações ou modificações no ordenamento jurídico<sup>110</sup>, pois a nulidade se constitui no momento em que a norma entra em vigor, e não por efeito da declaração<sup>111</sup>.

Por outro lado, quando a decisão não se limita a declarar a inconstitucionalidade, ensejando a nulidade regra, e procura “modelar a eficácia repressiva que se projecta contra o acto inválido”<sup>112</sup>, a decisão de inconstitucionalidade assume natureza constitutiva.

Na realidade, essa decisão não constitui a nulidade, que continua ocorrendo no momento em que a lei entra em vigor, “mas sim os seus efeitos, num quadro mais restritivo ou mitigado de intensidade sancionatória”<sup>113</sup>, postergando sua incidência para momento posterior ao início de sua vigência.

---

<sup>110</sup> MIRANDA, Jorge. *Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade*. Separata de Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles, v. 01, 2002. Coimbra: Almedina, 2002. p. 803.

<sup>111</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 190.

<sup>112</sup> Idem.

<sup>113</sup> Idem.

## II SENTENÇAS INTERMÉDIAS DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

### 2.1 Decisões simples e intermédias

O questionamento da inconstitucionalidade de uma norma enseja, em regra, um resultado positivo ou negativo<sup>114</sup>, isto é, um juízo de inconstitucionalidade ou um juízo de não inconstitucionalidade, em alguns países<sup>115</sup>, até mesmo de constitucionalidade<sup>116</sup>.

As decisões de acolhimento da inconstitucionalidade suscitada, com o efeito regra, no caso do Brasil e de Portugal<sup>117</sup>, de declaração de nulidade e retroativo são denominadas de decisões simples. Por sua vez, o juízo negativo de desconformidade com a Constituição implica a decisão também simples de rejeição<sup>118</sup>.

Por outro lado, todas as demais decisões, enquanto alternativas que se afastam da dicotomia das decisões simples de acolhimento ou de rejeição (inconstitucionalidade ou de não inconstitucionalidade), podem ser qualificadas como intermédias<sup>119</sup>.

Ainda que não haja consenso nos ordenamentos jurídicos acerca da identificação das sentenças qualificadas como intermédias, além da localização topográfica entre as decisões simples de acolhimento e de rejeição, destaca-se o ponto comum de temperar ou modelar o conteúdo ou os efeitos das normas julgadas inconstitucionais para adotar, no presente estudo, uma acepção ampla deste tipo de sentença<sup>120</sup>.

<sup>114</sup> MIRANDA, Jorge. *Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade*. Separata de Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles, v. 1. Coimbra: Almedina, 2002. p. 801.

<sup>115</sup> Em alguns países, como na Alemanha e no Brasil, admite-se a declaração de constitucionalidade como resultado negativo do questionamento de inconstitucionalidade. *Ibidem*, p. 812.

<sup>116</sup> No Brasil, há o juízo de constitucionalidade, previsto no caso de procedência da ADC – ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*, da CF/88, inserido pela EC nº 3/93, alterado pela EC nº 45/04, disciplinada pela Lei nº 9.868/99), possibilitando aos legitimados, perante o STF, em controle concentrado, a defesa da presunção de constitucionalidade da norma promulgada, através do combate à controvérsia judicial decorrente de generalizadas decisões de inconstitucionalidade no controle difuso. Da mesma forma, a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade enseja o juízo de constitucionalidade (arts. 23 e 24, da Lei nº 9.868/99), tratando a ADI e a ADC como ações de natureza dúplice. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 489-490.

<sup>117</sup> Ver item 1.2.1 e 1.2.2.

<sup>118</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 261.

<sup>119</sup> “A pouco e pouco, desenvolveu-se a técnica das sentenças intermédias que não se reconduzem ao modelo binário inconstitucionalidade/constitucionalidade”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 957.

<sup>120</sup> “Ainda assim a doutrina não é linear quanto à identificação das sentenças qualificadas como intermédias. Nas

Demonstrou-se acima<sup>121</sup> a possibilidade de mitigação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, independentemente da teoria adotada pelo ordenamento, nulidade ou anulabilidade, diante da insuficiência dos efeitos próprios de cada um desses sistemas.

Além da mitigação dos efeitos temporais, existem decisões que modelam o sentido da norma. Através de técnicas decisórias, solucionam o vício da lei, como em algumas violações ao princípio da igualdade e nos casos de inconstitucionalidade por omissão parcial do legislador<sup>122</sup>.

Evidenciam outras possibilidades de julgamento pelas Cortes Constitucionais, seja por afastar o desvalor da inconstitucionalidade de determinado sentido da norma (interpretação conforme a Constituição e constitucionalidade provisória), seja por limitar o valor jurídico da nulidade do ato inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa ou sem redução de texto)<sup>123</sup>.

Nesses casos, busca-se preservar a norma com ajustes interpretativos e exclusão de tudo que possa conduzi-la à inconstitucionalidade, ou ainda, nas hipóteses em que se reconhece tal vício, limite-se o valor jurídico do ato inconstitucional. Pode-se dizer que, de certa forma, encontra-se ao dispor do julgador o próprio regime da nulidade.

Se há essa disponibilidade para o julgador e considerando que a destruição de efeitos

---

*ordens jurídicas estrangeiras* escolhidas como base de comparação no presente excursus despontam entendimentos restritivos (que circunscrevem as sentenças intermédias às decisões aditivas, ou estas conjuntamente com as decisões interpretativas), os quais se contrapõem a concepções mais latas (que nelas também incluem as sentenças que modulam os efeitos temporais da respectiva eficácia sancionatória e, por consequência, os efeitos válidos da norma sindicada. O Direito positivo e a prática jurisprudencial obrigam-nos a acolher uma aceção ampla deste tipo de sentença”. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 262-265.

<sup>121</sup> Ver item 1.1.

<sup>122</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 520-523; 629-642.

<sup>123</sup> “A decisão de limitação de efeitos revela, por si só, que a decisão de inconstitucionalidade não constitui uma realidade simples e unitária, havendo **diversos tipos de decisões de inconstitucionalidade**. É certo que, em alguns casos, como nas *decisões de inconstitucionalidade* parcial e nas *decisões interpretativas*, o alcance restrito da decisão de inconstitucionalidade decorrer do juízo de invalidade se reportar, não já ao acto normativo *in totum*, mas sim tão-somente a alguns dos seus preceitos, a uma parte do seu conteúdo dispositivo ou, no âmbito da interpretação conforme à Constituição, ao resultado que se pode extrair de uma das interpretações possíveis do preceito normativo. Noutros casos, porém, como sucede nas *decisões modificativas*, as decisões de inconstitucionalidade apresentam uma dimensão manipulativa”. MEDEIROS, Rui. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 852-853.

é apenas uma consequência daquele desvalor da norma inconstitucional, pelo menos, em tese, reafirma-se a possibilidade excepcional da limitação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, a fim de que seja dotada de mais ou menos retroatividade, a depender do caso concreto, e, eventualmente, de postergá-la, ao menos, seus efeitos paralisante e sancionatório.

Portanto essas espécies de decisões, grosso modo, manipulativas ou intermédias ou atípicas, determinam a “modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento”<sup>124</sup>. Devem ser identificadas para viabilizar uma sistematização do presente estudo, em especial, para uma comparação com a modulação *pro futuro*, seja pelos pontos em comum, seja por suas distinções.

Isso permitirá uma melhor análise de casos concretos, de julgados do Supremo Tribunal Federal, até mesmo acerca da natureza jurídica do julgamento, independentemente da denominação atribuída pelo Tribunal, ou ainda pela possibilidade de se obter o mesmo resultado prático, através de uma outra espécie de sentença intermédia, às vezes, menos controversa.

Diante dessa visão mais ampla do conceito de decisões intermédias, sem ignorar a variação de sua classificação, na linha de Jorge Miranda<sup>125</sup> Carlos Blanco de Moraes<sup>126</sup> e Emílio Meyer<sup>127</sup>, adotar-se-ão, no presente estudo, as seguintes modalidades: as decisões

<sup>124</sup> “Em sentido lato, e abarcando apenas as decisões desta natureza existentes na *ordem jurídica portuguesa*, as sentenças manipulativas consistem em *decisões jurisdicionais que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento*” (itálicos no original). MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 261.

<sup>125</sup> Jorge Miranda adota a seguinte classificação das decisões ditas (não com todo o rigor) intermédias: - decisões interpretativas; - decisões limitativas – “limitativas de efeitos da decisão de inconstitucionalidade ou até da própria inconstitucionalidade”; - “decisões aditivas ou modificativas, quando, considerando inconstitucional o entendimento da norma seu objecto só com certo conteúdo ou alcance, lhe acrescentam (e, por conseguinte, modificam-na) um segmento que permite a sua subsistência à luz da Constituição”. MIRANDA, Jorge. *Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade*. Separata de Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles, v. 01, 2002. Coimbra: Almedina, 2002. p. 801-802.

<sup>126</sup> Indica que possuem o mesmo denominador: “as sentenças restritiva dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade”; “as sentenças interpretativas condicionais e, ainda, os arestos portadores de efeitos aditivos”. MORAIS, op. cit., p. 261-262.

<sup>127</sup> “Levando, pois, em conta a prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, enfrentar-se-á, nesse trabalho, as seguintes modalidades de decisão: - *sentenças interpretativas*: interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade parcial sem redução de texto; - *sentenças modificativas*, nas espécies aditivas e substitutivas; - *sentenças transitivas*: aqui incluídas as sentenças de modulação temporal, é dizer, a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo, no dizer de Mendes, a *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade* e o *apelo ao legislador (declaração de constitucionalidade e a 'lei ainda constitucional')*”. MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008. p. 40.

interpretativas condicionais (interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto); as decisões limitativas ou transitivas ou restritivas de efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade; e as decisões aditivas ou modificativas.

As decisões apelativas, embora sejam de rejeição da inconstitucionalidade com recomendação ao legislador para modificar ou substituir a norma, serão examinadas juntamente com as decisões limitativas restritivas de efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, por se encontrarem, na expressão de Jorge Miranda, na “zona de fronteira”<sup>128</sup>.

## 2.2 Decisões interpretativas condicionais

Toda decisão judicial é interpretativa, pois a norma aplicada demanda uma interpretação prévia, ainda que só admita um único sentido<sup>129</sup>. Entretanto, a doutrina denomina de decisão interpretativa condicional aquela que, acolhendo ou não a inconstitucionalidade, está “condicionada à adoção ou à exclusão de uma determinada interpretação”<sup>130</sup>.

Isso porque o objeto desse juízo de constitucionalidade são preceitos divisíveis, ainda que num nível meramente ideal<sup>131</sup>, pois uma norma pode abranger uma pluralidade de enunciados normativos verossímeis, alguns constitucionais e outros inconstitucionais<sup>132</sup>. Dependendo da interpretação que lhes é dada e do contexto do intérprete, nesse processo

<sup>128</sup> MIRANDA, Jorge. *Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade*. Separata de Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles, v. 1, 2002. Coimbra: Almedina, 2002. p. 801-802. Carlos Blanco de Moraes aponta as decisões apelativas como categoria autônoma de sentença com efeitos manipulativos no Direito estrangeiro, não as incluindo nas admitidas na ordem jurídica portuguesa. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 261-262; 271-272.

<sup>129</sup> “Em bom rigor, todas as sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional – ou mesmo por qualquer outro órgão judicial de aplicação oficial do direito – são interpretativas, visto que a norma *sub judice* carece, invariavelmente, de uma interpretação prévia, ainda que tal interpretação venha a determinar um único sentido possível”. LOPES, Pedro Moniz. *Sobre as sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa*. In: MORAIS, Carlos Blanco de et al. *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 485-486.

<sup>130</sup> MORAIS, op. cit., p. 375.

<sup>131</sup> LOPES, op. cit., p. 489-491 e MORAIS, op. cit., p. 377.

<sup>132</sup> LOPES, loc. cit. e MORAIS, op. cit., p. 376.

prévio de interpretação, ter-se-á uma decisão de acolhimento ou de rejeição subordinada à respectiva *ratio decidendi*<sup>133</sup>.

Tratam-se das decisões de inconstitucionalidade parcial qualitativa e as que operam a interpretação conforme a Constituição<sup>134</sup>. São, nas palavras de Carlos Blanco de Moraes, “*duas faces da mesma moeda com um efeito comum*: em ambos os institutos são realizadas operações interpretativas que pressupõem a não aplicação do sentido inconstitucional de uma norma”<sup>135</sup>.

### 2.2.1 Interpretação conforme a Constituição

A interpretação conforme a Constituição decorre de construção jurisprudencial do Tribunal alemão, ao decidir que “uma lei não é inconstitucional se uma interpretação é possível que a mantenha em harmonia com a Lei Fundamental e a lei, por essa interpretação, torne-se com sentido”<sup>136</sup>. Em outras palavras, o Tribunal afirmou que “uma lei não deve ser declarada nula caso seja possível interpretá-la em conformidade com a Constituição”<sup>137</sup>.

No que interessa ao presente estudo, a interpretação conforme não é apenas um preceito hermenêutico, mas sim um método de fiscalização da constitucionalidade<sup>138 139</sup>. Recai sobre uma disposição dotada de uma pluralidade de significados alternativos verossímeis (inconstitucionais e constitucionais), no qual se preserva seu texto, desde que seja interpretado com um determinado sentido que respeite a Constituição, com a rejeição de dados sentidos

<sup>133</sup> LOPES, Pedro Moniz. *Sobre as sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa*. In: MORAIS, Carlos Blanco de et al. *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 487-488.

<sup>134</sup> Ibidem, p. 486 e MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2011. p. 375.

<sup>135</sup> MORAIS, op. cit., p. 376.

<sup>136</sup> Primeira decisão tomada em 1953, embora Lenio Luiz Streck aponte uma ainda anterior, de 13.02.1952. MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008. p. 41-42.

<sup>137</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>138</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 527-528; MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 379.

<sup>139</sup> O STF assim destacou: “[...]. O princípio da interpretação conforme à Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação” (grifos no original). STF – Tribunal Pleno – Rp 1.417. Rel. Min. Moreira Alves, j. 09.12.1987. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264125>. Acesso em: 31 jul. 2016.

inconstitucionais<sup>140</sup>.

A própria presunção de constitucionalidade induz o julgador, na dúvida, a reconhecer a constitucionalidade da norma<sup>141 142</sup>. Mais ainda, como ressaltado pelo Tribunal alemão, a presunção de constitucionalidade não se limita à compatibilidade de uma lei com a Constituição, mas envolve “também a possibilidade de uma interpretação que torne tal norma consentânea com a Lei Maior”<sup>143</sup>.

Assim, a interpretação conforme a Constituição pode dirimir eventual dúvida do julgador, bem como apontar que, havendo duas ou mais interpretações possíveis de uma norma, prevalecerá (dentre as constitucionais) a que se revele mais compatível com a Constituição<sup>144</sup>, sempre com a exclusão expressa ou implícita das interpretações que a tornariam inconstitucional<sup>145</sup>.

Apesar da discussão sobre a natureza da interpretação conforme a Constituição, observa-se que não há propriamente uma decisão de inconstitucionalidade<sup>146</sup>. Na verdade, implica sempre um juízo de rejeição da inconstitucionalidade, pois o texto do dispositivo legal permanece intacto, com sua aplicabilidade condicionada a determinado sentido consonante com a Constituição, que integrará a parte dispositiva da decisão<sup>147</sup>.

Todavia, há uma peculiaridade nesse juízo de rejeição, pois coexiste, no conteúdo da sentença, um juízo oculto de acolhimento, relacionado às interpretações tidas, explícita ou

<sup>140</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2011. p. 378-380.

<sup>141</sup> Ibidem. p. 384.

<sup>142</sup> Gilmar Mendes afirma que a doutrina brasileira incorporou postulado do direito americano nesse mesmo sentido, sintetizado frequentemente na frase de Thomas M. Cooley: “*The court, if possible, must give the statute such a construction as will enable it to have effect*”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 523-524.

<sup>143</sup> MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008. p. 42.

<sup>144</sup> Quando envolve apenas a melhor das interpretações constitucionais possíveis, pode-se designar a metódica de interpretação orientada para Constituição. MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 290. Também pode ser denominada por interpretação menos desconforme com a Constituição. LOPES, Pedro Moniz. *Sobre as sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa*. In: MORAIS, op. cit., p. 501-502.

<sup>145</sup> MENDES, op. cit., p. 523-529. SARLET, Ingo Wolfgang. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 216.

<sup>146</sup> MENDES, op. cit., p. 527-529 e STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 613.

<sup>147</sup> MORAIS, op. cit., p. 379; MEYER, op. cit., p. 60.



implicitamente, desconformes com a Constituição<sup>148 149</sup>.

Por outro lado, esse juízo paralelo de acolhimento certamente acaba sem alcançar todas as possíveis interpretações inconstitucionais de determinada norma, algo impossível e prejudicial para uma interpretação plural da Constituição<sup>150</sup>. Isso não impediria um eventual questionamento acerca da inconstitucionalidade de uma outra interpretação. Aliás, possível a definição futura de outras interpretações também constitucionais, sem prejuízo da orientação traçada em julgado anterior com interpretação conforme a Constituição<sup>151</sup>.

Em suma, nesse julgamento de conteúdo eclético, prevalece, na parte dispositiva, a componente principal de rejeição da inconstitucionalidade, “sem prejuízo de o mesmo aresto conservar, na parte da motivação, um juízo de valor orientativo que pode condicionar futuras decisões de acolhimento”<sup>152</sup>.

O Supremo Tribunal Federal há muito emprega essa técnica. Em 1976, questionou-se o art. 156, da Constituição do Estado de Sergipe, que assegurava, a título de representação, o pagamento de um subsídio mensal e vitalício igual aos vencimentos do cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça, cessada a investidura do cargo de Governador do Estado, a quem o tivesse exercido por mais da metade do prazo do mandato respectivo, desde que não tenha sofrido a suspensão dos direitos políticos<sup>153</sup>.

Apontavam-se duas inconstitucionalidades: a primeira pela omissão quanto à referência ao caráter permanente do exercício do cargo e a segunda por incluir a restrição do exercício por mais da metade do prazo do mandato.

A possibilidade de impor tal restrição temporal de exercício do mandato já era

<sup>148</sup> “Embora prevaleça, a título principal e no plano da eficácia jurídica, um juízo de não inconstitucionalidade, acaba também por subsistir, paralelamente, no conteúdo da sentença, um juízo oculto de inconstitucionalidade, o qual se encontra ligado a interpretações proibidas, explícita ou implicitamente, pelo órgão máximo da Justiça Constitucional”. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2011. p. 379-380.

<sup>149</sup> Desde logo, o recurso ao princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição envolve, nestes casos, o repúdio de uma certa interpretação da lei e, nessa medida, contém simultaneamente uma decisão de inconstitucionalidade (expressa ou tácita). MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora. 1999. p. 298.

<sup>150</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 529; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 606; MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008. p. 56.

<sup>151</sup> MEYER, op. cit., p. 62.

<sup>152</sup> MORAIS, op. cit., p. 380.

<sup>153</sup> STF – Tribunal Pleno – Rp 948. Rel. Min. Moreira Alves, j. 27.10.1976. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263723>. Acesso em: 29 out. 2013.

pacificada no Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual não lhe foi dispensada maior atenção no acórdão, rejeitando-se, de plano, a inconstitucionalidade suscitada.

Quanto à omissão, decidiu-se que a interpretação da norma demonstra estar implícito o caráter permanente do exercício do cargo, ao estabelecer regra mais rigorosa do que a contida na Constituição Federal, para impedir que fosse concedido o subsídio a substituto eventual do Governador, afastando tal interpretação.

Dessa forma, deu-se interpretação conforme pela exigência implícita do exercício do cargo em caráter permanente pelo beneficiário, para julgar improcedente a representação, ao tempo em que se afastou a possibilidade de extensão da vantagem a eventual substituto.

Atualmente, a interpretação conforme a Constituição está positivada no ordenamento jurídico brasileiro, através do parágrafo único, do art. 28, da Lei nº 9.868/99, o qual, inclusive, prevê eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

#### 2.2.2 Decisão de inconstitucionalidade parcial qualitativa ou declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto

A decisão de inconstitucionalidade parcial qualitativa representa a outra “face da moeda” da sentença interpretativa condicional<sup>154</sup>. Trata-se da sentença de acolhimento que, através de operação interpretativa, preserva o texto, ao tempo em que identifica e declara a inconstitucionalidade de determinado(s) sentido(s) da norma. Por isso, também denominada de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Como o próprio nome indica, a inconstitucionalidade é parcial, uma vez que a norma não é totalmente desconforme com a Constituição. Declara-se nulo, elimina-se apenas um dos significados normativos possíveis que emanam do dispositivo legal, porque inconstitucional, salvaguardando a potencial validade de outro(s) sentido(s) normativos<sup>155</sup>.

Integra a categoria das sentenças redutivas, pois restringe o conteúdo normativo

---

<sup>154</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 376.

<sup>155</sup> Ibidem, p. 402-403.

hipotético emanado do dispositivo, para eliminar a parte inconstitucional ali contida<sup>156</sup>. Afeta a espiral hermenêutica do preceito, em profundidade, e não na sua extensão<sup>157</sup>, motivo pelo qual é denominada de sentença de inconstitucionalidade qualitativa ou vertical<sup>158</sup>.

Comparado com a interpretação conforme a Constituição, o Tribunal adota uma posição mais moderada de *self restraint*<sup>159</sup>. Limita-se a um juízo exclusivo de acolhimento da inconstitucionalidade, sem afetar/reduzir o texto do dispositivo e condicionado à interpretação dada a um determinado significado normativo.

O Supremo Tribunal Federal decide, há décadas, nesse sentido nos casos de violação ao princípio da anterioridade tributária, matéria já objeto de súmula: “é inconstitucional a cobrança de tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro”<sup>160</sup>.

Não há qualquer vício quanto ao tributo em si, mas sua cobrança só seria constitucional se efetuada no exercício financeiro seguinte. A cassação da norma pela declaração de sua nulidade seria mais danosa porque excluiria até mesmo o tributo isento de vício. Sua cobrança dependeria da aprovação de outra norma idêntica para dispor apenas que a incidência do tributo ocorrerá no ano seguinte.

O Supremo Tribunal Federal reconhece a inconstitucionalidade e nulidade da norma com relação a sua cobrança no mesmo exercício financeiro. Mantém-se a norma sem redução do texto para permitir a cobrança do imposto somente no exercício financeiro seguinte com base na mesma legislação<sup>161 162</sup>.

<sup>156</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 403.

<sup>157</sup> Quando afeta parcialmente a extensão, não se trata de decisão interpretativa condicional. “Em suma, ao menos em teoria, uma decisão de invalidez parcial, tanto pode atingir «uma parte correspondente a uma das disposições do preceito, ou mesmo só a um período ou frase do respectivo texto (*inconstitucionalidade parcial horizontal ou quantitativa*)», como «uma certa dimensão do seu conteúdo dispositivo (uma norma que dele se extrai), o que poderá chamar-se *inconstitucionalidade parcial qualitativa, ideal ou vertical*»”. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 434.

<sup>158</sup> A outra sentença redutiva ocorre na inconstitucionalidade parcial quantitativa ou horizontal, pois o juízo incide sobre o preceito na sua extensão, amputando parte do texto. LOPES, Pedro Moniz. *Sobre as sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa*. In: MORAIS, Carlos Blanco de et al. *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 494-495; MORAIS, op. cit., p. 404-405.

<sup>159</sup> LOPES, Pedro Moniz. *Sobre as sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa*. In: MORAIS, op. cit., p. 504-505.

<sup>160</sup> Súmula 67 do STF. Aprovada em 13.12.1963. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_001\\_100](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100). Acesso em: 28 out. 2013.

<sup>161</sup> STF – Tribunal Pleno. RMS 11853, Rel. Min. Luiz Gallotti, julgado em 31.03.1966. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=110285>. Acesso em: 28 out. 2013.

STF – Tribunal Pleno. ADI 2325 MC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 23.09.2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347546>. Acesso em: 28 out. 2013.

<sup>162</sup> Em caso semelhante de violação do princípio da anterioridade do tributo, o Tribunal Constitucional português

Outro exemplo próximo é a ADI 939-7/DF, ao declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do IPMF (Imposto Provisório sobre a Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira), nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano, ao tempo em que deixou de reconhecer as imunidades previstas na Constituição (art. 150, VI, “a”, “b”, “c” e “d”)<sup>163</sup>.

Atualmente, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto também está positivada no ordenamento jurídico brasileiro, através do parágrafo único, do art. 28, da Lei nº 9.868/99, o qual, inclusive, prevê eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

### 2.2.3 Aplicação pelo Supremo Tribunal Federal – tratamento de equivalência

Além dos julgados referidos no item anterior, acerca de decisões interpretativas condicionais do Supremo Tribunal Federal<sup>164</sup>, necessário observar a evolução em casos posteriores.

Alguns julgamentos destacam o juízo de acolhimento parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto, ao adotar interpretação conforme a Constituição. Outros sinalizam uma tendência de autonomizar a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto<sup>165</sup>.

Entretanto, parece persistir uma inclinação por tratar de forma equivalente os casos de exclusão de determinadas hipóteses de aplicação com os de interpretação conforme a Constituição. Essa equivalência acaba por afetar, consequentemente, a identificação da natureza jurídica do julgamento.

---

também já decidia nesse sentido. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 297/86, j. 21.11.1986. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19860297.html>. Acesso em: 11 ago. 2016.

<sup>163</sup> STF – Tribunal Pleno. ADI 939-7/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 15.12.1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 28 out. 2013.

<sup>164</sup> Ver item 2.2.1 acerca da Rp 948. Rel. Min. Moreira Alves, j. 27.10.1976, e item 2.2.2 sobre a Súmula 67 do STF, aprovada em 13.12.1963.

<sup>165</sup> Gilmar Mendes aponta essa gradual autonomização no julgamento das ADIs 491 e 939, já comentadas respectivamente nos itens 2.2.1 e 2.2.2. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 530-531.

Na ADI 491 MC/AM<sup>166</sup>, o art. 86, parágrafo único, da Constituição do Estado do Amazonas estendia aos membros do Ministério Público, através da referência de aplicação dos princípios estabelecidos no art. 64, IV a XIII, os vencimentos dos magistrados, disciplinados no art. 64, V. Reconheceu-se a inconstitucionalidade, sem redução do texto, para afastar a extensão de tal benefício remuneratório aos promotores.

O relator, Ministro Moreira Alves, afirma em seu voto que, na interpretação conforme a Constituição, há um julgamento parcialmente procedente da arguição de inconstitucionalidade. Detalha que há “declaração de inconstitucionalidade 'sem redução de texto' atacado, pois o que se reduz é o seu alcance, que fica restrito ao decorrente da interpretação admitida como constitucional”<sup>167</sup>. Ao final, menciona que, “embora a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade 'sem redução de texto' não resulte de exclusão de aplicação dele com interpretações admissíveis, mas inconstitucionais”, naquele caso, “há identidade de razão para se adotar técnica semelhante à que decorre da 'interpretação conforme à Constituição’”<sup>168</sup>.

Na ADI 319/DF<sup>169</sup>, o relator, ao aditar seu voto, ressaltou que, na interpretação conforme a Constituição, declara-se a inconstitucionalidade parcial do dispositivo impugnado em todos os sentidos que não aquele que a Corte entende compatível com a Carta Magna<sup>170</sup>. O Ministro Celso de Mello ainda acrescentou a exigência do quórum de maioria absoluta, “porque, na realidade, a interpretação conforme deriva do reconhecimento de uma inconstitucionalidade parcial”<sup>171</sup>.

Em julgamento mais recente e com decisão tipicamente interpretativa, ADI 4815/DF<sup>172</sup>, o Supremo parece manter o mesmo tratamento de equivalência entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

O próprio pedido inicial objetivava a declaração da inconstitucionalidade parcial,

<sup>166</sup> STF – Tribunal Pleno. ADI-MC 491. Rel. Min. Moreira Alves, j. 13.06.1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346419>. Acesso em: 03 ago. 2016.

<sup>167</sup> Trecho do voto do relator, p. 17.

<sup>168</sup> Trecho do voto do relator, p. 17.

<sup>169</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 319. Rel. Min. Moreira Alves, j. 03.03.93. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=918>. Acesso em: 03 ago. 2016.

<sup>170</sup> Aditamento do voto do relator, p. 89 do acórdão.

<sup>171</sup> Aditamento do voto do relator, p. 89 do acórdão.

<sup>172</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 4815/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.06.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 03 ago. 2016.

sem redução de texto, dos arts. 20 e 21, do Código Civil<sup>173</sup>, para afastar a necessidade de consentimento da pessoa biografada e coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) quanto a obras biográficas literárias ou audiovisuais<sup>174</sup>. Como destacou a relatora, o objeto da ação não é afastar do mundo jurídico os dispositivos legais questionados, mas a interpretação daquelas normas para se concluir a sua compatibilização com as normas constitucionais<sup>175</sup>.

A ação foi julgada procedente para “dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto”, para declarar inexigível autorização de pessoa biografada ou coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de falecidos ou ausentes, relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais<sup>176</sup>. Embora a parte dispositiva faça referência aos dois tipos de sentença interpretativa, limitou-se a declarar a inconstitucionalidade sem redução de texto para excluir a exigência de autorização do biografado ou coadjuvantes. Trata-se, na verdade, de sentença de acolhimento integral do pedido.

Rui Medeiros comenta a frequente referência à decisão interpretativa em sentido amplo, transformando-a “numa espécie de «técnica-camaleão» que muda de conteúdo e forma em face das circunstâncias”<sup>177</sup>.

Certo, porém, que a aplicação das técnicas interpretativas condicionais ou mesmo a identificação de sua natureza não dependem da denominação atribuída pelo julgador, mas

<sup>173</sup> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

<sup>174</sup> Além de pedido sucessivo, no mesmo sentido, limitado às pessoas públicas ou envolvidas em acontecimentos de interesse coletivo. Voto da relatora, p. 18 do acórdão.

<sup>175</sup> Voto da relatora, p. 18 do acórdão.

<sup>176</sup> Trecho da ementa: [...] 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes)” (grifos no original). STF – Tribunal Pleno. ADI 4815/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.06.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 03 ago. 2016.

<sup>177</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 298.

pelo efetivo julgamento realizado. O julgado acima é exemplo disso, uma vez que não há dúvidas sobre o exclusivo juízo de acolhimento da inconstitucionalidade.

Apesar de serem espécies do mesmo gênero, decisões interpretativas condicionais, além de compartilharem a característica de exclusão de determinada interpretação inconstitucional sem modificar o texto da norma<sup>178</sup>, são institutos distintos. A diferença reside justamente naquela componente principal do juízo de rejeição da sentença de interpretação conforme a Constituição, prevalecente sobre a orientação pela exclusão de certos sentidos inconstitucionais da norma<sup>179</sup>. Em contrapartida, a decisão de inconstitucionalidade sem redução de texto, ainda que também seja de caráter interpretativo, trata-se de uma sentença de acolhimento, restrita a tal componente.

Gilmar Mendes, na doutrina<sup>180</sup>, ressalta a semelhança e a proximidade do resultado prático de tais decisões, mas traça essa mesma distinção baseada no ponto central do dispositivo da decisão. Na interpretação conforme a Constituição, dogmaticamente, ocorre a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial. Por outro lado, na declaração de nulidade sem redução de texto, há expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação sem alterar o texto legal<sup>181</sup>.

Acrescenta que a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto é tecnicamente adequada para quando “se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional”, além de destacar sua virtude “de maior clareza e segurança jurídica expressa na parte dispositiva da decisão”<sup>182</sup>.

O legislador brasileiro segue essa linha da doutrina, em sentido contrário à tendência jurisprudencial do STF, ao conceder tratamento autônomo a cada uma das espécies das decisões interpretativas condicionais, com referência expressa a ambas, no art. 28, da Lei nº 9.868/99<sup>183</sup>.

<sup>178</sup> Repita-se trecho de Carlos Blanco: “duas faces da mesma moeda com um efeito comum: em ambos os institutos são realizadas operações interpretativas que pressupõem a não aplicação do sentido inconstitucional de uma norma”. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2011. p. 376.

<sup>179</sup> Ibidem, p. 379-380.

<sup>180</sup> Na ADI 4815/DF, observa-se que não houve debate acerca da natureza da decisão interpretativa condicional.

<sup>181</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 529-530.

<sup>182</sup> Idem.

<sup>183</sup> Art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, **inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de**

A distinção, tanto pela doutrina, quanto pelo legislador, entre tais espécies de decisão repercute inclusive no procedimento, a exemplo da necessidade, no controle difuso, da deliberação acerca da inconstitucionalidade em plenário nos juízos de acolhimento<sup>184</sup>. A prevalência do juízo de rejeição da inconstitucionalidade na interpretação conforme a Constituição, ainda que haja juízo de valor orientativo de inconstitucionalidade na motivação, dispensa a suscitação do incidente para deliberação da matéria em plenário<sup>185</sup>.

A correta identificação do tipo de decisão interpretativa condicional aplicada também é fundamental para a compreensão dos seus efeitos, inclusive, no que interessa ao presente trabalho, para distinguir das demais decisões intermédias, em especial, da modulação dos seus efeitos. Por isso, deve-se evitar a “técnica-camaleão”<sup>186</sup> nas decisões interpretativas condicionais, a exemplo do tratamento equivalente conferido a suas espécies pelo STF.

### 2.3 Decisões limitativas ou restritivas dos efeitos temporais

O (des)valor atribuído ao ato inconstitucional varia em cada ordenamento jurídico, podendo ser inexistente, nulo e anulável<sup>187</sup>. Consequentemente, também há diferença entre os ordenamentos jurídicos no tocante à regra dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade.

Naqueles que adotam as teorias da inexistência e nulidade, o efeito regra da decisão de inconstitucionalidade é o da retroatividade ao início da vigência da norma (*ex tunc*), enquanto que, na teoria da anulabilidade, só produzirá efeito a partir da decisão de inconstitucionalidade ou de sua publicação (*ex nunc*), com a preservação dos efeitos pretéritos.

---

**texto**, têm eficácia contra todos e efeito vinculante aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (negritou-se).

<sup>184</sup> Constituição Federal do Brasil. Art. 97. Somente pelo da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 13 ago. 2016.

<sup>185</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 606; 612-613.

<sup>186</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora. 1999. p. 298.

<sup>187</sup> Ver item 1.1.



As decisões limitativas ou restritivas são justamente as que manipulam os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, diante da insuficiência do efeito regra, seja ele qual for, adequando-as às situações da vida, em nome de outros princípios e interesses constitucionalmente protegidos<sup>188</sup>. Decorrem de “exigências de ordem prática emanadas de situações incomuns” derivadas do efeito regra, independentemente do sistema adotado<sup>189</sup>.

Nos ordenamentos que adotam a nulidade como desvalor do ato inconstitucional, a intensidade da limitação do efeito regra da decisão de inconstitucionalidade (*ex tunc*) pode ocorrer em três níveis: a) efeito *ex nunc*, somente a partir da decisão ou de sua publicação; b) declaração de inconstitucionalidade com a suspensão dos efeitos durante certo tempo e c) declaração de inconstitucionalidade sem produção de efeitos ou sem pronúncia de nulidade<sup>190</sup>.

No momento, interessa identificar cada uma das espécies acima, inclusive com exemplos de sua eventual aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, com análise mais adiante acerca dos requisitos e procedimento das relacionadas com o objeto do presente estudo.

### 2.3.1 Decisão com efeito *ex nunc*

A primeira espécie limita a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade<sup>191</sup>. Preserva todos os atos pretéritos praticados com base na norma inconstitucional e só produzirá efeito a partir da decisão ou de sua publicação<sup>192</sup> (*ex nunc*). Embora não seja *ex nunc*, destaca-se que essa limitação pretérita também pode ser a partir de qualquer outro momento entre o início da vigência da norma e o da decisão de inconstitucionalidade.

Trata-se da modulação da retroatividade ou dos efeitos pretéritos da decisão de

<sup>188</sup> “A limitação dos limites da inconstitucionalidade ou, mais do que dos efeitos, da própria inconstitucionalidade resulta da conveniência de temperar o rigor das decisões, adequando-as às situações da vida, em nome de outros princípios e interesses constitucionalmente protegidos”. MIRANDA, Jorge. *Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade*. Separata de Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles, v. 1, 2002. Coimbra: Almedina, 2002. p. 816.

<sup>189</sup> ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. *A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014. p. 20.

<sup>190</sup> MIRANDA, op. cit., p. 817.

<sup>191</sup> Exceção já demonstrada no item 1.1.

<sup>192</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional - TOMO II. O direito contencioso constitucional*. 2011, p. 186. A Constituição austríaca (art. 140 (5)) também adota a data da publicação como termo inicial dos efeitos. HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 125.

inconstitucionalidade ou, por assim dizer, da modulação pretérita<sup>193</sup>. Caso típico que ensejou, nos Estados Unidos, o reconhecimento da excepcional preservação de atos fundados em normas inconstitucionais e admitido em outros países que adotam o regime da nulidade da norma inconstitucional<sup>194</sup>.

No Brasil, encontra-se disciplinada no art. 27, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, inspirado no art. 282º, nº 4, da Constituição portuguesa<sup>195</sup>, autorizando o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros e, com base em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Embora se discuta a inconstitucionalidade desse dispositivo, nas ADIs nº 2154 e 2258, já em andamento há mais de dezesseis anos, demonstrou-se acima<sup>196</sup> que adotou a mesma regra implícita da Constituição da teoria da nulidade, estando, então, em sintonia com o tratamento constitucional da matéria. Consequentemente, afastam-se as dúvidas da constitucionalidade pelo fato de a matéria estar disciplinada em norma infraconstitucional.

Acrescenta-se que a completa constitucionalidade de sua aplicação dependerá do preenchimento dos conceitos indeterminados de segurança jurídica e de excepcional interesse social, requisitos escolhidos pelo legislador brasileiro e que serão analisados no próximo capítulo.

Todavia, antecipa-se que, antes mesmo da vigência da Lei nº 9.868/99, em 1974, o Supremo Tribunal Federal já modulava os efeitos pretéritos de suas decisões. São exemplos, inclusive em controle difuso, dois casos sobre legislação de São Paulo, RE 78209/SP e RE 78533/SP, em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da norma de ingresso do servidor na função pública de oficial de justiça, mas preservou todos os atos processuais praticados durante seu exercício<sup>197</sup>.

<sup>193</sup> Eficácia *pro praeterito*. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora. 1999. p. 681.

<sup>194</sup> Ver item 1.1.1.

<sup>195</sup> Previsão análoga, na Constituição portuguesa, no art. 282º, nº 4, ao permitir o Tribunal Constitucional fixar efeitos com alcance mais restritos do que a retroatividade à entrada em vigor da norma declarada inconstitucional.

<sup>196</sup> Ver item 1.2.2.

<sup>197</sup> STF – Primeira Turma – RE 78209/SP. Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. em 04.06.1974. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173630>. STF – Segunda Turma – RE 78533/SP. Rel. Min. Firmino Paz, j. em 03.11.1981. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173939>. Acesso em: 27 out. 2013.

Ademais, a inexistência de suspensão da norma impugnada, associada à manutenção da prática anterior àquela legislação de limitar a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade e, até mesmo, de manifestação sobre sua constitucionalidade, como na ADI 3601<sup>198</sup>, sinaliza para sua preservação no ordenamento jurídico.

### 2.3.2 Decisão com efeito *pro futuro*

A segunda espécie de decisão limitativa representa a possibilidade de continuar aplicando a norma após ser declarada inconstitucional, ainda que durante certo prazo fixado pelo Tribunal, em virtude da suspensão, do diferimento dos efeitos típicos da decisão de acolhimento<sup>199</sup>. Trata-se da modulação *pro futuro*, cujos efeitos práticos de sua aplicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal é o objeto deste trabalho.

A Constituição austríaca adota o regime da anulabilidade e ainda prevê expressamente a possibilidade de o Tribunal Constitucional postergar o efeito da anulação da decisão de inconstitucionalidade, limitando o prazo máximo a dezoito meses<sup>200</sup>.

No Brasil, como visto, o regime de nulidade e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade são disciplinados de forma implícita na Constituição e no multicitado art. 27, da Lei nº 9.868/99<sup>201</sup>, mas este prevê expressamente a possibilidade de modulação daqueles efeitos. Embora não haja, como na Áustria, referência expressa ao prazo futuro, nem mesmo a seu limite, a parte final daquele dispositivo permite, implicitamente, tal postergação, já que o Supremo Tribunal Federal, além de restringir os efeitos da declaração, poderá fixar seu início a partir de seu trânsito em julgado ou de “outro momento” para que a declaração de inconstitucionalidade tenha eficácia<sup>202</sup>, observado o mesmo quórum de dois terços, e com base em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

<sup>198</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 3601 ED, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 09.09.2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617937>. Acesso em: 24 ago. 2016.

<sup>199</sup> OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 570.

<sup>200</sup> “4. A anulação entra em vigor com o expirar do dia da publicação se o tribunal constitucional não determina um prazo para o ficar sem vigor. Esse prazo **não deve exceder 18 meses**” (destacou-se). HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 125.

<sup>201</sup> Ver item 1.2.

<sup>202</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 330-331.

O Supremo Tribunal Federal efetuou, pela primeira vez<sup>203</sup>, a modulação *pro futuro*, após a vigência da Lei nº 9.868/99, em controle difuso, no RE 197917-8/SP<sup>204</sup>. A norma municipal impugnada estabelecia onze Vereadores para o Município de Mira Estrela, que, na época, possuía menos de três mil habitantes. Decidiu-se pela inconstitucionalidade da norma municipal, uma vez que o art. 29, inciso IV, da Constituição Federal<sup>205</sup> exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados em suas alíneas<sup>206</sup>.

A decisão implicou uma redução de onze para nove o número de Vereadores no Município de Mira Estrela. No entanto, modulou-se o efeito da decisão para a legislatura seguinte, respeitando os mandatos dos Vereadores eleitos. Realizou-se um juízo de proporcionalidade com referência expressa ao princípio da segurança jurídica, porque a imediata suspensão da norma traria instabilidade para as decisões anteriores da casa legislativa, como as leis, aprovações de contas, dentre outros, afetando inclusive as eleições, porque teria repercussão no cálculo do quociente eleitoral e partidário.

Nesse acórdão, é citada uma decisão apelativa da Alemanha, também envolvendo questão eleitoral, pela violação da igualdade diante da ausência de revisão da divisão dos distritos eleitorais, após as alterações demográficas das unidades<sup>207</sup>. O Tribunal Constitucional alemão, em maio de 1963, rejeitou a inconstitucionalidade, por não ser possível constatar tal situação na data da promulgação da lei, em 1961, para conclamar o legislador a empreender medidas necessárias à modificação dos distritos eleitorais, para reduzir a discrepância

<sup>203</sup> A primeira ADI 3022 com modulação *pro futuro*, citada por Gilmar Mendes, foi julgada em 02.08.2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363282>. Acesso em: 15 mai. 2013. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 650; 668-671.

<sup>204</sup> STF – Tribunal Pleno – RE 197917, Relator Min. Maurício Correa, j. em 24.03.2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. Acesso em: 24 abr. 2013.

<sup>205</sup> Redação originária e vigente à época do julgamento do RE 197917-8/SP do art. 29:  
IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:  
a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;  
b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;  
c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes;

<sup>206</sup> A redação do inciso IV, do art. 29, da Constituição Federal, foi alterado pela Emenda Constitucional nº 58/09, passando a contar com vinte e quatro alíneas com o número máximo de Vereadores de acordo com novo escalonamento com faixas bem mais reduzidas quanto número de habitantes. Apenas para ilustrar, o limite máximo de nove Vereadores, alínea “a”, agora é para Municípios de até quinze mil habitantes. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 04 abr. 2016.

<sup>207</sup> Voto Vista do Min. Gilmar Mendes, p. 39-41.

existente para patamares toleráveis, o que foi efetivado em fevereiro de 1964<sup>208</sup>.

Apesar de ambos os julgados preservarem o mandato dos eleitos, importante registrar a diferença do exemplo alemão, por não reconhecer a inconstitucionalidade no momento da promulgação da lei impugnada, decisão de rejeição, embora visualizasse uma imperfeição decorrente da necessidade da revisão da divisão dos distritos eleitorais, apelando ao legislador para corrigi-la. Trata-se de outra decisão intermédia, decisão apelativa, que será analisada adiante<sup>209</sup>.

No RE 197917-8/SP, a decisão foi de acolhimento da inconstitucionalidade, constatada desde a promulgação da lei, mas postergando seus efeitos anulatórios para momento posterior, a legislatura seguinte.

A exemplo do Tribunal alemão, que conclamou o legislador a empreender medidas necessárias à modificação dos distritos eleitorais, para reduzir a discrepância existente, o voto-vista do Min. Gilmar Mendes também indica que caberá ao Legislativo municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regule o próximo pleito eleitoral<sup>210</sup>. No entanto, essa recomendação ao legislador não modifica sua natureza jurídica de sentença de acolhimento, repita-se, elemento diferenciador do caso alemão.

No controle concentrado, os primeiros casos em que o STF acolheu a inconstitucionalidade com a modulação *pro futuro* de seus efeitos foram as ADIs 3022/RS<sup>211</sup> e 3819/MG<sup>212</sup>, relacionadas com atuação da Defensoria Pública, e as ADIs 2.240-7/BA<sup>213</sup>, 3.689-1/PA<sup>214</sup>, 3.489/SC<sup>215</sup>, 3.316-6/MT<sup>216</sup>, 3.682/MT<sup>217</sup>, todas relacionadas à alteração ou criação de Municípios, que serão analisadas em tópico específico, no próximo capítulo.

<sup>208</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador (Appellentscheidung) na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXIII. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 282-283.

<sup>209</sup> Ver item 2.3.4.

<sup>210</sup> Voto Vista do Min. Gilmar Mendes, p. 39-41.

<sup>211</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 3022/RS. Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 02.08.2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363282>. Acesso em: 27 out. 2013.

<sup>212</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 3819/MG. Rel. Min. Eros Grau, j. em 24.10.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516783>. Acesso em: 27 out. 2013.

<sup>213</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 2240/BA. Rel. Min. Eros Grau, j. em 09.05.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>. Acesso em: 27 out. 2013.

<sup>214</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 3689-1/PA. Rel. Min. Eros Grau, j. em 10.05.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469708>. Acesso em: 27 out. 2013.

<sup>215</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 3489-8/SC. Rel. Min. Eros Grau, j. em 09.05.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474624>. Acesso em: 27 out. 2013.

<sup>216</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 3316-6/MT. Rel. Min. Eros Grau, j. em 09.05.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469700>. Acesso em: 27 out. 2013.

<sup>217</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 3682-3/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 09.05.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>. Acesso em: 27 out. 2013.

### 2.3.3 Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade

A terceira espécie de decisão limitativa é a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade ou sem efeito ablativo ou ainda sem produção de efeitos. Desenvolvida pela jurisprudência da Corte Constitucional alemã, foi incorporada à lei daquele Tribunal, também denominada de decisão de incompatibilidade<sup>218</sup> ou desconformidade<sup>219</sup>.

Inicialmente, foi utilizada para solucionar a inconstitucionalidade da exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade e, posteriormente, aplicada também nos casos de inconstitucionalidade por omissão e de lacunas jurídicas ameaçadoras<sup>220</sup>.

Imagine-se uma norma que concede vantagens ou benefícios a certa categoria ou grupo de pessoas, sem contemplar outros que se encontram na mesma situação, em clara violação ao princípio da igualdade<sup>221</sup>.

A tradicional declaração de nulidade com a cassação da norma inconstitucional, além de não resolver a violação ao direito do grupo indevidamente excluído, prejudicaria quem tivesse sido legitimamente contemplado e, até mesmo, inviabilizaria a pretensão daqueles ao suprimir do ordenamento jurídico o fundamento da desigualdade<sup>222</sup>. Por outro lado, a extensão do direito ao grupo excluído suscita o problema de o Poder Judiciário conceder diretamente o benefício, sem prévia decisão legislativa e previsão orçamentária<sup>223</sup>.

A solução apresentada pelo Supremo Tribunal Federal tem sido, a exemplo da posição do Tribunal Constitucional alemão<sup>224</sup>, reconhecer a inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade, mas sem declarar a nulidade da norma. Por exemplo, o Supremo

<sup>218</sup> MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008. p. 132-138.

<sup>219</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 766.

<sup>220</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 678; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 590-596; 632-633; STRECK, op. cit., p. 766; MEYER, op. cit., p. 133-134.

<sup>221</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 538-539.

<sup>222</sup> MENDES, op. cit., p. 593.

<sup>223</sup> SARLET, op. cit., p. 538-539.

<sup>224</sup> MENDES, loc. cit.; SARLET, op. cit., p. 539.

Tribunal Federal já se manifestou no caso de aumento previsto para determinados servidores, matéria já objeto da Súmula 339: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legisladora, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia”<sup>225</sup>.

No entanto, a norma reconhecida como inconstitucional fica com sua vigência suspensa, assim como os demais processos com litígios nela fundados<sup>226</sup>, até que haja a solução da desigualdade pelo legislador, porque a inconstitucionalidade decorre da omissão deste em contemplar aqueles que se encontram na mesma situação.

Considerando que também há entendimento pela aplicação provisória da norma declarada inconstitucional, ainda que restrita aos “casos em que surgisse um 'vácuo jurídico' intolerante para a ordem constitucional”<sup>227</sup>, o pronunciamento explícito, na decisão de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, acerca de tal suspensão contribui para eliminar incertezas<sup>228</sup> da norma a ser aplicada entre o julgamento e a atuação do legislador<sup>229</sup>.

Essa decisão não interfere na liberdade de conformação do legislador para solucionar a lesão ao princípio da isonomia, seja através da supressão do próprio benefício, da inclusão dos grupos discriminados ou ainda da elaboração de nova regra sobre a questão, observado aquele princípio<sup>230</sup>.

Trata-se, então, de uma decisão de acolhimento da inconstitucionalidade, em que a norma não é retirada do ordenamento jurídico, sob a justificativa de que sua ausência

<sup>225</sup> STF – Tribunal Pleno – Súmula 339. Aprovada na sessão plenária de 13.12.1963. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400). Acesso em: 28 out. 2013.

<sup>226</sup> “Em qualquer caso, a ideia de 'suspensão' parece ter-se consolidado, já que, no caso de ser proferida uma decisão positiva de inconstitucionalidade desta natureza, todos os tribunais que se ocupem do litígio devem sustentar a aplicação da norma e suspender o processo, até que ocorra um intervenção tempestiva do legislador, a quem o Tribunal Constitucional acaba por apelar”. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2011. p. 325. Também favorável à suspensão STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 766.

<sup>227</sup> Emílio Meyer, embora contrário, noticia uma superação do entendimento inicial da Corte Constitucional alemã. MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008. p. 134-135. Gilmar Mendes também aponta que, “em determinados casos, a aplicação excepcional da lei inconstitucional traduz exigência do próprio ordenamento constitucional”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1433.

<sup>228</sup> Em especial, por não se desconhecer o entendimento acerca da possibilidade, ainda que em casos excepcionais à regra geral da suspensão, da continuação da aplicação da norma declarada inconstitucional sem pronúncia de nulidade, como defendido por Gilmar Mendes. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 639.

<sup>229</sup> Lenio Streck destaca que esse pronunciamento do Tribunal tem sido cada vez mais frequente. STRECK, op. cit., p. 766.

<sup>230</sup> Idem.

acarretaria maiores danos do que sua permanência, apesar de seu vício, porém sua aplicabilidade fica suspensa até que o legislador solucione a inconstitucionalidade declarada pelo Tribunal.

Ressalta-se que não se confunde com a modulação *pro futuro*, hipótese em que, apesar de também haver o reconhecimento judicial do vício e a permanência da norma no ordenamento jurídico, mitigam-se os efeitos temporais para preservar sua vigência com a postergação da nulidade e/ou do efeito paralisante da decisão de inconstitucionalidade para determinado prazo ou momento estabelecido na decisão.

Portanto, ao contrário da modulação *pro futuro*, na decisão de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, embora permaneça vigente a norma declarada inconstitucional, sua aplicabilidade fica suspensa até que o legislador solucione aquele vício.

#### 2.3.4 Decisões apelativas ou de constitucionalidade provisória

A decisão apelativa, como ressaltado anteriormente<sup>231</sup>, embora seja de rejeição de inconstitucionalidade, encontra-se, nas palavras de Jorge Miranda, em “zona de fronteira” com as decisões limitativas<sup>232</sup>, motivo pelo qual será examinada no presente tópico.

Representa a decisão apelativa mais um tipo de sentença intermédia, através da qual o Tribunal reconhece a norma como “ainda constitucional”, ao tempo em que anuncia “a eventual conversão desse estado de constitucionalidade imperfeita numa situação de completa inconstitucionalidade”<sup>233</sup>.

Recebe várias denominações, como, na Itália, decisões de “constitucionalidade provisória”, de “rejeição com reserva de acolhimento” ou “ainda não inconstitucional” e, na Alemanha, “declaração de norma ainda constitucional, mas em trânsito para inconstitucionalidade”, “norma tendente à inconstitucionalidade”<sup>234</sup>.

<sup>231</sup> Ver item 2.1.

<sup>232</sup> MIRANDA, Jorge. *Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade*. Separata de Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles, v. 1, 2002. Coimbra: Almedina. 2002. p. 801-802.

<sup>233</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador (Appellentscheidung) na prática da Corte Constitucional Federal Alemã. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 1. XXXIII. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 279-281.

<sup>234</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora. 1999. p. 676 e MORAIS, Carlos Blanco



Embora coexistam dois juízos, o de não inconstitucionalidade atual e de necessidade de nova normação ou de inconstitucionalidade no futuro, prevalece o primeiro, por ser juridicamente eficaz<sup>235</sup>. Isso porque, quando do julgamento, não se pode precisar o momento exato em que se efetivará essa inconstitucionalidade, nem mesmo com o decurso do prazo eventualmente fixado para atuação do legislador, pois não há inconstitucionalidade submetida a termo ou condição suspensiva<sup>236</sup>.

Trata-se, então, de peculiar sentença de rejeição da inconstitucionalidade<sup>237</sup>, adequada para atuar em situações imperfeitas, advertindo, em seus fundamentos, as deficiências da norma impugnada e a necessidade de sua substituição, derrogação ou complementação<sup>238</sup>. Essas situações imperfeitas, em processo de inconstitucionalização, podem decorrer de mudanças das relações jurídicas ou fáticas, pelo descumprimento do dever constitucional de legislar e pela falta de evidências de inconstitucionalidade<sup>239</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, no HC 70514-6/RS, reconheceu a constitucionalidade provisória da norma que concede prazo processual em dobro para a Defensoria Pública até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, parte adversa na ação penal pública<sup>240</sup>. Entretanto, não houve uma recomendação ao legislador

Destaca-se, no Tribunal Constitucional alemão, um exemplo, já referido<sup>241</sup>, típico de mudança das relações fáticas, em virtude de significativa alteração da estrutura demográfica das unidades federadas entre a divisão dos distritos eleitorais, realizada em 1949, e a lei eleitoral de setembro de 1961. Decidiu-se, em maio de 1963, que tal situação não podia ser constatada na data da promulgação da lei, em 1961, para conclamar o legislador a empreender

---

de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 327-329.

<sup>235</sup> MIRANDA, Jorge. *Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade*. Separata de Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles, v. 1, 2002. Coimbra: Almedina. 2002. p. 818-819.

<sup>236</sup> MIRANDA, loc. cit.; e MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador (*Appellentscheidung*) na prática da Corte Constitucional Federal Alemã. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 1. XXXIII. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 296-301.

<sup>237</sup> MENDES, op. cit., p. 296.

<sup>238</sup> Idem.

<sup>239</sup> Gilmar Mendes traz exemplos desses tipos de decisões apelativas, como: a) em virtude de mudanças fáticas ou jurídicas, o da divisão dos distritos eleitorais; da pensão previdenciária em virtude da morte do cônjuge do sexo feminino; da tributação do transporte de carga de longa distância; b) em virtude da inadimplência de dever constitucional de legislar, a revogação do estatuto da ocupação e o da igualdade dos filhos havidos fora do casamento. Ibidem, p. 281-295.

<sup>240</sup> STF – Tribunal Pleno – HC 70514-6/RS. Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 23.03.1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72491>. Acesso em: 01 set. 2016.

<sup>241</sup> Ver item 2.3.2.

medidas necessárias à modificação dos distritos eleitorais, para reduzir a discrepância existente para patamares toleráveis, o que foi efetivado em fevereiro de 1964<sup>242</sup>.

Em que pese não haver obrigatoriedade<sup>243</sup> de o legislador solucionar o potencial vício da norma, além da possibilidade de prorrogação do prazo fixado, após seu decurso ou mesmo a mudança da situação fática ou jurídica advertida na decisão apelativa, possível a provocação do Judiciário para reavaliar a norma impugnada e proferir nova decisão<sup>244</sup>.

Não se pode esquecer que há quem também denomine como apelativa a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, pois ali também costuma haver recomendação ao legislador<sup>245</sup>, o que acaba dificultando traçar uma precisa distinção entre tais decisões.

Todavia, observa-se que, na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, há um juízo de desvalor, acolhimento da inconstitucionalidade, enquanto que a decisão apelativa configura uma sentença de rejeição.

Também não é despiciendo diferenciar a decisão apelativa da limitativa com modulação *pro futuro*, onde também pode haver componente apelativo, uma vez que a primeira é de rejeição, e a última é de acolhimento com seus efeitos temporais postergados.

Interessante observar novamente que, no RE 197.917-8/SP, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da norma municipal com modulação *pro futuro*, para o legislador adequar, para a próxima legislatura, o número de Vereadores do Município de Mira Estrela, observada a proporcionalidade com sua população, por força do art. 29, IV, Constituição Federal de 1988.

O voto vista do Min. Gilmar Mendes cita o exemplo da decisão apelativa do Tribunal alemão sobre a divisão dos distritos eleitorais, após destacar que “o ‘apelo ao legislador’ e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos estão muito próximos do prisma conceitual ou ontológico”<sup>246</sup>.

<sup>242</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador (Appellentscheidung) na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. I. XXXIII. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 282-283.

<sup>243</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1018.

<sup>244</sup> MENDES, op. cit., p. 298-301.

<sup>245</sup> Vista no item anterior 2.3.3.

<sup>246</sup> “Não há negar, ademais, que aceita a ideia da situação ‘ainda constitucional, deverá o Tribunal, se tiver que declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento, fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada. Em outros termos, o ‘apelo ao legislador’ e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos estão muito próximos do prisma conceitual ou ontológico”. Voto Vista do Min. Gilmar Mendes, p.

Independentemente de ocorrerem no futuro, seja a inconstitucionalidade na decisão apelativa, sejam os efeitos temporais na modulação *pro futuro*, os respectivos juízos de rejeição e acolhimento poderão traçar a distinção entre esses dois tipos de decisão.

Na prática, a recomendação/determinação para que o legislador regule certa matéria, com ou sem prazo, pode ocorrer em diversos tipos de sentenças, desde as simples de rejeição, interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e até as de acolhimento, inclusive com modulação *pro futuro*<sup>247</sup>. Todavia, a simples existência desse elemento, recomendação/determinação, não caracteriza a decisão no conceito de apelativa em sentido estrito.

Assim, importante para a sistematização do presente estudo no sentido de considerar decisão apelativa apenas a declaração de norma ainda constitucional, mas em trânsito para inconstitucionalidade e não toda e qualquer decisão que contenha um “apelo ao legislador”.

## 2.4 Decisões aditivas ou modificativas

As sentenças modificativas encontram origem e maior expressão na Itália<sup>248</sup>, com aplicação em outros ordenamentos, com maior ou menor admissibilidade<sup>249</sup>. Há vários sentidos para as expressões sentenças aditivas ou modificativas ou manipulativas<sup>250</sup>, pois não existe, nos ordenamentos nem mesmo na respectiva doutrina, unanimidade quanto às nomenclaturas, classificações e conceitos, motivo pelo qual é necessário traçar as linhas

---

70 do acórdão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. Acesso em: 24 abr. 2013.

<sup>247</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador (Appellentscheidung) na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XXXIII. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 277.

<sup>248</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1019; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 462.

<sup>249</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 460-473; MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008. p. 72; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1433.

<sup>250</sup> Emílio Meyer, Jorge Miranda, Lênio Streck e Rui Medeiros também as denominam de manipulativas. MEYER, op. cit. p. 70; MIRANDA, Jorge. *Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade*. Separata de Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles, v. 1, 2002. Coimbra: Almedina, 2002. p. 819; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 763; e MEDEIROS, op. cit., p. 457.

adotadas no presente trabalho<sup>251</sup>.

As decisões aditivas ou modificativas são, de modo geral, sentenças de acolhimento de inconstitucionalidade, em que ocorre um juízo de invalidade, além da indicação de norma ou de princípio normativo que assegurem a criação de condições suficientes, para que essa nova conformação esteja compatível com a Constituição<sup>252</sup>.

Não se confundem com as sentenças de complementação constitucional, em que o julgador se limita a concretizar princípios e conceitos jurídicos indeterminados, resultado de função interpretativa comum. Apesar de dotadas de um efeito adjuntivo com força persuasiva, indicando um aparente efeito aditivo, não são exclusivas de decisões de acolhimento, bem como a complementação não é da norma impugnada, mas sim do próprio parâmetro constitucional<sup>253</sup>.

Na ADI 4578<sup>254</sup>, discutia-se a inconstitucionalidade da previsão infraconstitucional de novas hipóteses de inelegibilidade para qualquer cargo do indivíduo com condenação, em segunda instância ou por órgão judicial colegiado no exercício de competência de foro por prerrogativas de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional (art. 1º, I, e, g, h e m, da Lei Complementar nº 64/90, com redação dada pela Lei Complementar nº 135/10).

Decidiu-se pela constitucionalidade da disposição legal, impondo-se o prestígio da manifestação legítima do legislador infraconstitucional “democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal”<sup>255</sup>.

Observa-se não só a rejeição da inconstitucionalidade, como também que o efeito adjuntivo acabou por incidir sobre a norma constitucional (art. 14, § 9º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 4/94) e não sobre a norma impugnada, para constatar que esta concretizou regularmente o conceito jurídico indeterminado daquela. Trata-se, portanto, de sentença de complementação constitucional.

<sup>251</sup> Em linhas gerais, adotar-se-á a sistematização de Carlos Blanco de Moraes. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 411-481.

<sup>252</sup> Ibidem, p. 411.

<sup>253</sup> Ibidem, p. 419-420.

<sup>254</sup> STF – ADI 4578 – Rel. Min. Luiz Fux, j. em 16/02/2012. Disponível em: [file:///C:/Users/admin/Downloads/texto\\_74860064.pdf](file:///C:/Users/admin/Downloads/texto_74860064.pdf). Acesso em: 01 set. 2016.

<sup>255</sup> “[...] 9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. [...]”. Trecho da ementa da ADI 4578 acima indicada.

Rui Medeiros adota uma classificação mais restritiva para as sentenças aditivas ou modificativas, considerando como tal apenas aquelas que o julgador introduz/cria preceitos novos ou algo além do que originariamente previsto<sup>256</sup>.

Por isso, também qualifica como mero efeito aditivo aparente, por não haver grau de liberdade de criação de qualquer norma, os casos em que a nulidade da norma inconstitucional discriminatória acarreta a repristinação da norma anterior, bem como quando a solução da inconstitucionalidade decorrer da aplicação direta de preceitos constitucionais<sup>257</sup>.

Destaca ainda, no Direito português, a “preferência do legislador como órgão concretizador da Constituição”<sup>258</sup> (com base no art. 283º da Constituição) e que a única modificação ali admitida é “a modificação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade”<sup>259</sup> (art. 282º, nº 4 da CRP).

Nesse ponto, no entanto, registra-se a divergência da classificação adotada, no presente estudo, considerando tais decisões como espécies das aditivas ou modificativas *lato sensu*, na linha de Carlos Blanco de Moraes<sup>260</sup>.

Assim, são espécies de decisões com eficácia aditiva: as sentenças “demolitórias” com efeitos necessariamente aditivos; sentenças aditivas em sentido estrito; sentenças aditivas de princípio e; sentenças substitutivas.

#### 2.4.1 Decisões “demolitórias” com efeitos aditivos

As sentenças demolitórias ou de demolição são decisões que, ao suprimirem uma lei inconstitucional constritora de direitos, seja por restringir indevidamente direitos ou excluir injustificadamente um grupo de pessoas do exercício de um direito ou do cumprimento de uma obrigação, possibilitam a incidência de outra norma limitada por aquela constrição<sup>261</sup>.

<sup>256</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 456.

<sup>257</sup> Ibidem, p. 491-492.

<sup>258</sup> Ibidem, p. 499.

<sup>259</sup> Ibidem, p. 500.

<sup>260</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 418.

<sup>261</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 423.

Trata-se de decisão redutiva ou ablativa, seja do próprio texto, seja de enunciado normativo ideal do preceito. Seu diferencial em relação às sentenças modificativas está no componente aditivo, já que não é uma criação do julgador, mas consequência automática da ampliação da incidência direta de uma outra norma existente, anteriormente afastada ou excepcionada pela disposição declarada inconstitucional<sup>262</sup>.

No Brasil, a ADI 3105/DF<sup>263</sup> é um exemplo típico de sentença demolitória com efeitos aditivos. Trata-se do caso da contribuição previdenciária instituída para os servidores inativos e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da norma (art. 4º, parágrafo único, I e II, da EC nº 41/03), por violar o princípio da igualdade, ao estabelecer bases de cálculo diferenciadas entre os servidores inativos e pensionistas da União (parcela que excedesse 60% do limite máximo dos benefícios do regime geral) e os servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (parcela excedente a 50% daquele limite).

O Min. Cezar Peluso, relator designado para o acórdão, afirmou que a necessidade de decisão modificativa era apenas aparente, uma vez que a eficácia positiva limitava-se ao efeito repristinatório da norma parcialmente revogada, enquanto que o tratamento normativo a ser adotado já se encontrava imanente na própria Constituição<sup>264</sup>. Acrescenta que o resultado prático da pronúncia de inconstitucionalidade, ao suprimir aquelas expressões, é estabelecer uma só base de cálculo para contribuição previdenciária, para todos os servidores inativos e pensionistas, sem nenhuma distinção.

Embora o relator não reconheça a natureza aditiva, na mesma linha da doutrina mais restritiva na classificação das sentenças modificativas, a solução adotada possui exatamente as características da chamada sentença demolitória com efeitos aditivos, pois a “demolição” da barreira geradora da desigualdade enseja automaticamente a incidência direta da norma já existente, anteriormente limitada pela exceção.

No caso em comento, restabeleceu-se, conseqüentemente, a regra geral do art. 40, §

---

<sup>262</sup> Idem.

<sup>263</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 3105/DF. Rel. Originária Min. Ellen Gracie, Rel. para o acórdão Min. Cezar Peluso, j. em 18.08.2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>. Acesso em: 01 set. 2016.

<sup>264</sup> Voto do Relator Min. Cezar Peluso, p. 116-117 e 127 do acórdão

18, da Constituição Federal, no sentido de que o fato gerador da contribuição dos servidores inativos e pensionistas, independentemente a que ente federado estejam vinculados, é a percepção de proventos de aposentadorias e pensões que superem o limite máximo estabelecido para o regime geral de previdência social.

#### 2.4.2 Decisões aditivas em sentido estrito

As decisões aditivas em sentido estrito são sentenças de acolhimento que julgam a inconstitucionalidade parcial de um dispositivo legal (com ou sem redução de texto), ao tempo em que adicionam o conteúdo normativo que lhe faltava, gerador de tal vício, ou mesmo suprem a lacuna gerada pela própria componente ablativa da sentença, mediante a indicação da norma aplicável em conformidade com a Constituição<sup>265</sup>. As duas situações presentes na definição possibilitam a classificação mais comum na doutrina das sentenças aditivas em corretivas e integrativas.

A decisão aditiva corretiva representa a primeira hipótese, em que o julgador declara a inconstitucionalidade parcial da norma por omissão do legislador e alarga seu âmbito de incidência para alcançar situações deixadas de lado<sup>266</sup>. A segunda hipótese, em que o julgador, primeiro, anula parte da disposição inconstitucional para depois substituí-la por um sentido normativo diferente, consentâneo com a Constituição, consiste na decisão integrativa<sup>267</sup>.

Esse tipo de sentença, pelo fato de a componente aditiva substituir a parcela inconstitucional retirada da norma, é denominada, por alguns autores, como sentença substitutiva, a exemplo de Gilmar Mendes<sup>268</sup> e Emílio Meyer<sup>269</sup>. Importante alertar que outros

<sup>265</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 436.

<sup>266</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1019; MORAIS, op. cit., p. 434-436; MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008. p. 70.

<sup>267</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 1019; MORAIS, op. cit., p. 434-436.

<sup>268</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1432-1433.

<sup>269</sup> MEYER, op. cit., p. 76.

autores, como Carlos Blanco de Moraes<sup>270</sup> e Gomes Canotilho<sup>271</sup>, definem outro tipo de sentença como substitutiva.

A principal característica de tais decisões de acolhimento é a preocupação de o julgador reparar/reconstruir, de forma direta, a lacuna da disposição impugnada, isto é, seu efeito transformador dotado de força autoaplicativa<sup>272</sup>. Nessa reconstrução direta, porém, o julgador não deve editar um direito novo, mas sim utilizar-se de normas jurídicas já constantes do ordenamento<sup>273</sup>.

Nesse passo, distanciam-se das decisões alemãs: da decisão apelativa, porque esta é de rejeição e da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (decisão de incompatibilidade), desde quando, ao contrário desta, não espera a solução do vício pelo legislador<sup>274</sup>.

A última distinção acima pode ser demonstrada em julgados do próprio Supremo Tribunal Federal, através do RMS 22307/DF<sup>275</sup>, de eficácia aditiva, e da súmula 339<sup>276</sup>, típico exemplo de decisão de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

No RMS 22.307/DF, o Supremo reconheceu aos servidores públicos civis o direito ao reajuste salarial concedido exclusivamente aos militares, sem contemplar, injustificadamente, os demais servidores, tendo em vista a disciplina constitucional (art. 37, X) que assegura a revisão geral, na mesma data, da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares.

A súmula 339 do STF, suscitada pelos Ministros vencidos<sup>277</sup>, dispõe: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legisladora, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia”. Em que pese o julgamento do RMS 22.307/DF possa sinalizar uma tendência de mudança de posicionamento, há que se registrar que não houve

<sup>270</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 447-450.

<sup>271</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1019.

<sup>272</sup> MORAIS, op. cit., p. 427; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 488.

<sup>273</sup> MORAIS, op. cit., p. 435.

<sup>274</sup> MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008. p. 72; MORAIS, op. cit., p. 427.

<sup>275</sup> STF – Tribunal Pleno – RMS 22307/DF, Relator Min. Marco Aurélio, j. em 19.02.1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115796>. Acesso em: 31 ago. 2016.

<sup>276</sup> STF – Tribunal Pleno – Súmula 339. Aprovada na sessão plenária de 13.12.1963. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400). Acesso em: 28 out. 2013.

<sup>277</sup> Vencidos os Ministros Celso de Mello, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves.



revogação da súmula.

Quanto à natureza do bem tutelado, classificam-se como sentenças aditivas de prestação e de garantia, por versarem sobre norma violadora de situações tuteladas constitucionalmente, caracterizando-se como de prestação nos casos em que há impacto orçamentário, reflexo patrimonial.

#### 2.4.3 Decisões aditivas de princípio

As decisões aditivas de princípio são sentenças positivas de inconstitucionalidade, em que o Tribunal, ao invés de reparar de forma direta a lacuna da disposição, indica “princípios que o legislador deve observar para prover a disciplina que se tem por indispensável exercício de determinado direito constitucional”<sup>278 279</sup>.

Procede dessa maneira por vislumbrar diversas possibilidades de solução normativa, constitucionalmente legítimas, deixando a escolha a cargo do legislador. Sua eficácia é indireta, com valor eminentemente persuasivo da componente aditiva, sem prejuízo de posterior declaração da inconstitucionalidade, caso o legislador não tenha observado o princípio indicado pelo Tribunal<sup>280</sup>.

Desde logo, observa-se a peculiaridade do efeito aditivo, capaz de diferenciá-la das decisões aditivas em sentido estrito, mas integrando o gênero mais amplo, por criar condições para a reparação da inconstitucionalidade reconhecida judicialmente<sup>281</sup>.

Também se evidencia sua proximidade com algumas decisões de incompatibilidade alemãs de acolhimento, dotadas da componente de recomendação<sup>282</sup> ao legislador, distinguindo-se, entretanto, pela ausência de prazo ou sanção pela persistência da omissão<sup>283</sup>.

<sup>278</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1433.

<sup>279</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2011. p. 441-446.

<sup>280</sup> MORAIS, op. cit., p. 443.

<sup>281</sup> Idem.

<sup>282</sup> No item 2.3.4, estabeleceu-se que a expressão “decisões apelativas” somente seria utilizada para as sentenças de rejeição.

<sup>283</sup> MORAIS, loc. cit.

#### 2.4.4 Decisões substitutivas

As decisões substitutivas enquadram-se no gênero mais amplo de sentença aditiva. Também são decisões de acolhimento de inconstitucionalidade parcial da norma, com redução do texto, em que há reparação/reconstrução da lacuna da disposição impugnada.

Seu diferencial reside na componente reconstrutiva, pois, muitas vezes, não respeita a lógica da parte eliminada, nem mesmo a solução normativa decorre da aplicação direta de uma norma constitucional<sup>284</sup>.

Elas representam, no entendimento de Carlos Blanco de Moraes, uma manifestação de ativismo dos tribunais constitucionais. Atribui essa mesma qualidade às chamadas “sentenças de revisão constitucional”<sup>285</sup>, decisões interpretativas que “alargam o objeto da norma constitucional existente à margem do texto e da vontade expressa ou implícita do legislador constitucional”, gerando “‘novas’ normas e até novos regimes normativos, com pretensão valor constitucional”<sup>286</sup>.

Esses elementos das decisões substitutivas aproximam-nas da visão de Rui Medeiros sobre as sentenças aditivas ou modificativas, pois só considera como tal aquelas que o julgador introduz/cria preceitos novos ou algo além do que originariamente previsto, contrário à solução inicialmente acolhida pelo legislador, resultando dessa operação um direito *contra legem*<sup>287</sup>.

Por isso, aquele autor também qualifica como mero efeito aditivo aparente, por não haver grau de liberdade de criação de qualquer norma, os casos em que a nulidade da norma inconstitucional discriminatória acarreta a repristinação da norma anterior, bem como quando a solução da inconstitucionalidade decorrer da aplicação direta de preceitos constitucionais<sup>288</sup>.

---

<sup>284</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2011. p. 447-450.

<sup>285</sup> Ibidem, p. 447.

<sup>286</sup> Ibidem, p. 422.

<sup>287</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 456; 490.

<sup>288</sup> Ibidem, p. 491-492.

#### 2.4.5 Alguns julgados do STF: decisões aditivas ou substitutivas?

A divergência das nomenclaturas, classificações e conceitos, acerca das sentenças modificativas ou aditivas, representa um complicador a mais para a difícil tarefa de identificar a natureza aditiva estrito senso ou substitutiva de alguns julgados, como se pode observar em decisões do Supremo Tribunal Federal.

Um caso frequentemente citado como exemplo típico de sentença aditiva pela doutrina<sup>289</sup>, em virtude da extensão do âmbito de incidência da norma, é o dos mandados de injunção, MI 712-8/PA<sup>290</sup> e 708-0/DF<sup>291</sup>, que versam sobre a omissão legislativa acerca do direito de greve dos servidores públicos civis, assegurado no art. 37, VII, da Constituição Federal.

Trata-se de caso paradigma pela mudança de entendimento do Supremo ao suprir a omissão legislativa, após reconhecer, em diversas oportunidades, a inércia do Congresso Nacional quanto ao dever de legislar para dar concreção ao preceito constitucional do direito de greve dos servidores públicos civis.

Determinou-se a aplicação das Leis nº 7.701/88 e 7.783/89, referentes ao direito de greve dos trabalhadores em geral, com alguns ajustes estabelecidos no acórdão, até que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria, fixando-se, inclusive, no MI 708-0/DF, em respeito aos ditames de segurança jurídica, o prazo de 60 (sessenta) dias para tanto<sup>292</sup>, o que ainda não ocorreu, apesar de decorridos quase nove anos.

O mesmo julgamento não é classificado como decisão aditiva por Carlos Blanco de Moraes<sup>293</sup> e Paulo Adib Casseb<sup>294</sup>. Entendem tratar-se de sentença “‘para-legislativa’ de

<sup>289</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1434; MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008. p. 75-76.

<sup>290</sup> STF – Tribunal Pleno – MI 712-8/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 25.10.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>. Acesso em: 31 ago. 2016.

<sup>291</sup> STF – Tribunal Pleno – MI 708-0/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>. Acesso em: 31 ago. 2016.

<sup>292</sup> Trecho da ementa: “[...]. 6.6 Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria”.

<sup>293</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 334.

<sup>294</sup> CASSEB, Paulo Adib. *O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal brasileiro: casos concretos*. In: MORAIS, Carlos Blanco de et al. *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 133-136.

conteúdo inovador”, “decisão ativista que substituiu o legislador não apenas para o caso singular, mas também para as demais situações análogas, conferindo-se uma 'abstrativização' a um mecanismo de controle concreto”<sup>295</sup>.

Outro exemplo divergente na doutrina é o que envolve a perda do mandato por desfiliação partidária, objeto do julgamento conjunto pelo Supremo Tribunal Federal dos MS 26602/DF<sup>296</sup>, 26603/DF<sup>297</sup> e 26604/DF<sup>298</sup>.

Trata-se de decisão interpretativa, por não haver disciplina expressa sobre a fidelidade partidária, na qual o Supremo Tribunal Federal também alterou sua jurisprudência anterior, para reconhecer a imprescindibilidade da permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu para manutenção de sua representatividade partidária até o término de seu mandato.

Nas palavras do relator, o mandato é do partido e não do candidato eleito, tendo a Constituição conferido àquele o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos (art. 14, § 3º, da CF), além da adoção do sistema proporcional (art. 45, da CF), de forma que a infidelidade partidária, representada pelo cancelamento da filiação partidária ou transferência para outra legenda, enseja a perda do mandato.

O Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos de sua decisão, de 04 de outubro de 2007, para estabelecer, como marco inicial da prevalência desse entendimento pela observância da fidelidade partidária, a resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta nº 1.398, em 27 de março de 2007, de forma que o abandono da legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar.

Gilmar Mendes também indica como caso de sentença aditiva<sup>299</sup>, enquanto Paulo Adib Casseb considera “exemplo vigoroso de ativismo judicial”, por não configurar nenhuma das hipóteses de perda do mandato eletivo previstas no rol taxativo do art. 55, § 2º, da Constituição, para “coibir prática histórica de abandonos e trocas frequentes de partidos por

<sup>295</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 333-334.

<sup>296</sup> STF – Tribunal Pleno – MS 26602-3/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 04.10.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>. Acesso em: 31 ago. 2016.

<sup>297</sup> STF – Tribunal Pleno – MS 26603-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.10.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>. Acesso em: 31 ago. 2016.

<sup>298</sup> STF – Tribunal Pleno – MS 26604-0/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 04.10.2007. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=552057>. Acesso em: 31 ago. 2016.

<sup>299</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1435.

parte dos detentores de mandato político”<sup>300</sup>.

Esses exemplos demonstram a possibilidade de controvérsia acerca dos efeitos dos julgados do Supremo Tribunal Federal, em casos com aplicação de regra já existente no ordenamento jurídico e, até mesmo, em decisões interpretativas. Por isso será relevante analisar os efeitos práticos das decisões de modulação *pro futuro* da decisão de inconstitucionalidade.

---

<sup>300</sup> CASSEB, Paulo Adib. O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal brasileiro: casos concretos. In: MORAIS, Carlos Blanco de *et al.* *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 121.

### III MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL<sup>301</sup>

#### 3.1 Fundamentação reconstrutiva das sentenças manipulativas

No Brasil, apesar do silêncio das Constituições e da insuficiência da disciplina sobre eficácia geral e efeito vinculante para identificar o valor jurídico do ato inconstitucional, implicitamente, adota-se a teoria da nulidade, haja vista a supremacia da Constituição e o princípio da hierarquia das normas, associados à influência do controle difuso norte-americano, desde a criação do sistema de fiscalização de constitucionalidade<sup>302</sup>.

Nessa linha, a Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, adotou implicitamente o regime da nulidade do ato inconstitucional com o efeito regra da retroatividade (*ex tunc*), afastando as dúvidas sobre a constitucionalidade por tratar tal matéria em norma infraconstitucional<sup>303</sup>.

Por outro lado, o art. 27, da Lei nº 9.868/99, inspirado no art. 282º, n.º 4, da Constituição portuguesa<sup>304</sup>, disciplina a medida excepcional de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Possibilita que o Supremo Tribunal Federal, por dois terços de seus membros, com base nos conceitos indeterminados, “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, restrinja os efeitos da decisão de inconstitucionalidade ou decida que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado<sup>305</sup>.

A adoção de conceitos indeterminados como requisitos para a excepcional mitigação

<sup>301</sup> O tema acerca da modulação pretérita da decisão de inconstitucionalidade já foi objeto de estudo anterior, relatório da disciplina de Direito Constitucional, “A limitação da retroatividade na declaração de inconstitucionalidade pelo STF: requisitos e a disciplina do artigo 27 da Lei nº 9.868/99”. Dessa forma, há trechos deste capítulo próximos ao daquele, contando com acréscimos e modificações, no texto e nos tópicos.

<sup>302</sup> Ver item 1.2.1.

<sup>303</sup> Ver item 1.2.2.

<sup>304</sup> Autoriza, quando exigirem a segurança jurídica, as razões de equidade ou o interesse público de excepcional relevo, o Tribunal Constitucional a fixar os efeitos da inconstitucionalidade com alcance mais restrito do que a retroatividade à entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou da norma constitucional superveniente.

<sup>305</sup> O art. 27 ainda preserva sua redação original. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm). Acesso em: 06 fev. 2016.

dos efeitos temporais da declaração de nulidade proporciona o risco da inconstitucionalidade *in concreto*, assim denominada por Ana Paula Ávila, “aquela que resulta não da norma considerada em abstrato, mas do uso que se faz dela no momento de sua aplicação”<sup>306</sup>.

A constitucionalidade dependerá não só da identificação desses conceitos indeterminados, como também das justificativas apresentadas pelo julgador no ato de sua aplicação ao caso concreto, uma vez que o dever da fundamentação das decisões judiciais consiste em um direito fundamental por si só<sup>307</sup>, reconhecido expressamente nos arts. 5º, LXI, e 93, IX, da Constituição Federal de 1988.

O dever de fundamentação das decisões judiciais está diretamente ligado às garantias necessárias à defesa para assegurar o direito ao processo justo, além de ser fator preponderante para o controle das decisões judiciais<sup>308</sup>.

Luís Guilherme Marinoni destaca que sem motivação a decisão judicial perde seu próprio caráter jurisdicional, pela ausência de suas características centrais, “a *justificação* da norma jurisdicional para o caso concreto e a *capacidade de orientação* de condutas sociais”, inerente ao Estado Constitucional por “promover a igualdade, a segurança jurídica e a coerência do sistema”<sup>309</sup>.

A imprescindibilidade da fundamentação ocorre em toda e qualquer decisão judicial e adquire relevância ainda maior quando se trata da aplicação de medida excepcional, no caso, de mitigação do efeito regra da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, Carlos Blanco de Moraes ressalta a obrigatoriedade da fundamentação das decisões manipulativas, não só por ser uma decisão excepcional, como também por se ancorar em princípios de valor fortemente indeterminados, apesar de consolidados no ordenamento jurídico<sup>310</sup>.

Acrescenta ainda que as sentenças manipulativas possuem dois tipos de

<sup>306</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 61.

<sup>307</sup> Inerente às garantias de defesa constante no artigo XI, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Também expresso para as sentenças e decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, conforme art. 45º na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

<sup>308</sup> CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Segurança jurídica e crise no Direito*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. p. 52.

<sup>309</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 665-666.

<sup>310</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 349.

fundamentação: a “fundamentação-motivação” ou, simplesmente, “motivação”, comum a todas as sentenças de mérito, através da qual se demonstram os elementos fáticos e jurídicos para justificar a decisão de inconstitucionalidade expressa na parte dispositiva da sentença; e a “fundamentação reconstrutiva”, técnica argumentativa, na qual se realiza “uma ponderação de valores e de interesses concretos, individuais ou coletivos”, procedimento específico para justificar a restrição temporal dos efeitos retroativos da eficácia sancionatória da decisão de inconstitucionalidade ou para lhe conferir operações complementares<sup>311</sup>.

Além de tudo isso, a relevância da fundamentação da decisão que modula os efeitos temporais é ainda mais potencializada por se tratar de jurisdição constitucional exercida pelo STF, em única (controle concentrado) ou última instância (controle difuso), uma vez que não há possibilidade de reexame por outro tribunal. Ressalva-se apenas a possibilidade de embargos de declaração, inclusive, cada vez mais utilizado para requerer a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e assim admitido naquela Corte, como na ADI 3819<sup>312</sup>.

Por isso, necessário tecer considerações sobre esses conceitos indeterminados para melhor compreensão dessa medida excepcional, bem como para posterior análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal, em especial, quanto à correta identificação e fundamentação das decisões de modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade.

### **3.2 Razões de segurança jurídica**

A primeira hipótese prevista para a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade fundamenta-se em “razões de segurança jurídica”, conceito indeterminado, dotado de vários significados<sup>313</sup>.

Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança estão intimamente associados, inclusive, alguns autores consideram este um “subprincípio ou uma dimensão

<sup>311</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 350-351.

<sup>312</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 3819/MG. Rel. Min. Eros Grau, j. em 24.10.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516783>. Acesso em: 15 mai. 2013.

<sup>313</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 304.



específica” daquele e são considerados elementos constitutivos do Estado de Direito<sup>314</sup>.

A segurança jurídica, em sentido estrito, está mais relacionada com elementos objetivos da ordem jurídica, “garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito”<sup>315</sup>. Nesse aspecto, impõe-se a conformação formal e material dos atos normativos, em termos claros, compreensíveis e não contraditórios<sup>316</sup>, de forma que a legalidade e a tipicidade possam tornar evidentes ao cidadão os comandos legais aplicáveis à sua situação e seus efeitos jurídicos.

Também é necessário que o ordenamento jurídico possua critérios que previnam contradições entre aqueles, como o da hierarquia, da especialidade e da cronologia, além da publicidade como condição de sua vigência para os fatos posteriores, irretroatividade<sup>317</sup>.

O princípio da proteção da confiança está relacionado com elementos subjetivos da ordem jurídica, “a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos”, Legislativo, Executivo e Judiciário.

A segurança jurídica, em sentido amplo, abrangendo também a proteção da confiança, proporciona a estabilidade do direito, que não se confunde com a imutabilidade do ordenamento jurídico, o qual deve evoluir, com a regulação de novas situações ou a melhoria da disciplina já existente, adequando-as à realidade social<sup>318</sup>.

Pode-se dizer ainda mais, como afirma Paulo Otero, que “não existe qualquer interesse ou direito subjetivo a não serem introduzidas alterações na ordem jurídico-administrativa para o futuro”, diante da legitimidade democrática do legislador com liberdade de conformação, associada a “autorevisibilidade das leis”<sup>319</sup>.

Entretanto, essa liberdade do legislador é limitada pela necessidade de garantia da segurança jurídica e da proteção da confiança, pois mudanças muito frequentes ou radicais podem afetar as expectativas legítimas, segundo orientação e planejamento traçados pela

<sup>314</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed.. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257.

<sup>315</sup> Idem.

<sup>316</sup> Idem.

<sup>317</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 148-149.

<sup>318</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Reforma total da Constituição*: remédio ou suicídio constitucional? In: *Crise e desafios da constituição*: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 147-149.

<sup>319</sup> OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 542-543.

previsibilidade baseada no quadro jurídico vigente<sup>320</sup>.

Logo, a inovação legislativa ou a evolução da ordem jurídica deve evitar mudanças abruptas, que afetem a segurança e a confiança do cidadão, quanto à “calculabilidade” da intervenção conformadora ou a previsibilidade do seu devir<sup>321</sup>. Para tanto, deve-se sempre observar a adequação teleológica das novas soluções, criativas ou conformadoras, preservado um mínimo de vinculação com o direito passado, capaz de conferir a segurança de orientação para o planejamento do cidadão<sup>322</sup>, nas palavras de Humberto Ávila, a “estabilidade da mudança”<sup>323</sup>.

Tudo isso induz o legislador a utilizar-se de disposições transitórias ou de cláusulas de equidade, para garantir a “segurança do movimento”, como a preservação da regra anterior para os casos gerados e desenvolvidos sobre sua vigência e ainda pendentes, adoção de regras graduais e/ou específicas para certas situações e a *vacatio legis*<sup>324</sup>.

A estabilidade ou confiabilidade decorrente da segurança jurídica não se refere apenas à atuação do legislador (eficácia *ex ante*<sup>325</sup>), mas também às situações resultantes da concretização das normas, não só pela Administração Pública, como também pelas decisões judiciais, a fim de que o cidadão possa confiar na atuação estatal e orientar sua conduta com base no que foi decidido<sup>326</sup>.

Trata-se da eficácia *ex post* da segurança jurídica, no sentido de que, uma vez tomadas as decisões dos poderes públicos, observados a forma e o procedimento legais, não devem ser arbitrariamente modificadas, salvo casos excepcionais e particularmente relevantes, sob pena de frustrar a confiança do cidadão e a previsibilidade estimada para suas condutas<sup>327</sup>. Nas decisões judiciais, como afirma Ana Paula Ávila, “o instituto da coisa julgada é uma das densificações do princípio da segurança jurídica”<sup>328</sup>.

<sup>320</sup> OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 543.

<sup>321</sup> Paulo Otero faz referência a “calculabilidade” e a “previsibilidade do seu devir” constante do voto da Conselheira Maria Lúcia Amaral. *Ibidem*, p. 544.

<sup>322</sup> *Ibidem*, p. 544-545.

<sup>323</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 130.

<sup>324</sup> *Ibidem*, p. 130-131; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 263.

<sup>325</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 148; CANOTILHO, op. cit., p. 264.

<sup>326</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. op. cit., p. 148-149.

<sup>327</sup> CANOTILHO, loc. cit.

<sup>328</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. loc. cit.

A proteção da confiança tem origem no direito público alemão como limitação ao poder-dever de a Administração invalidar seus próprios atos. Protegem a confiança daqueles que foram beneficiados pelo ato e, apesar de inválido, terá seus efeitos preservados<sup>329</sup>.

Embora não conste textualmente a segurança jurídica na Constituição Federal de 1988, há que se concluir por sua existência enquanto direito fundamental, tanto por ser princípio constitutivo do Estado de direito (art. 1º), quanto por haver indicação do princípio da segurança como valor supremo no preâmbulo da Constituição e constar no art. 5º, *caput*, juntamente com os direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade.

Ademais, decorre implicitamente do princípio da legalidade (art. 5º, II), da irretroatividade das leis (art. 5º, XXXVI), do Juiz Natural (art. 5º, XXXVII), do livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), da proteção da coisa julgada, (art. 5º XXXVI), garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV), dentre outros<sup>330</sup>.

No processo, a segurança jurídica, representa o direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações processuais. Envolve não só o direito no processo, mas também pelo processo, ou seja, segurança no resultado da prestação jurisdicional. Assim, exige-se respeito à preclusão, à coisa julgada, à forma processual em geral e ao precedente judicial, inclusive quanto à decisão de inconstitucionalidade das leis ou atos normativos e seus efeitos, ainda que por omissão (art. 102, I, *a* e § 2º e art. 103 da CF)<sup>331</sup>.

Associa-se à ideia de segurança jurídica (eficácia *ex post*) também a de outro princípio constitucional, o da igualdade, decorrente da previsibilidade dos precedentes judiciais que devem ser aplicados aos casos semelhantes que se repetirem em complemento à expectativa inerente ao próprio ordenamento jurídico (eficácia *ex ante*).

Considerando que a presunção de constitucionalidade é relativa, enquanto a lei inconstitucional não é assim declarada, inúmeros atos são praticados com base nela com a expectativa de que serão cumpridos. Essa presunção é reafirmada e reforçada quando os

<sup>329</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 149-150.

<sup>330</sup> CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petronio (Coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. p. 325-326. Vol. 3.

<sup>331</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 671.

precedentes do Supremo Tribunal Federal rejeitam as teses de inconstitucionalidade, até quando assim decidem na medida cautelar no controle abstrato ou mesmo com a aplicação de técnicas decisórias alternativas, decisões intermédias, como visto no capítulo 2.

Essa conjuntura de presunção de constitucionalidade e precedentes judiciais potencializa ainda mais a legitimidade da expectativa do cidadão acerca da previsibilidade na atuação estatal e na estabilidade do ordenamento, mesmo nas mudanças necessárias, com adoção de medidas graduais ou regras de transição.

Por isso, a decisão de inconstitucionalidade, ao tempo em que contribui para o reequilíbrio do sistema, eliminando a norma inválida e os efeitos dela decorrentes, paradoxalmente, gera uma incerteza por frustrar as expectativas fundadas na norma até então presumida como constitucional.

A flexibilização dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade surge para tutelar a expectativa até então existente e preservar alguns atos praticados sob a égide da lei inconstitucional ou mesmo prorrogar sua aplicação, motivo pelo qual merece a atenção especial do julgador quando sua revogação traz, para a Constituição, resultados mais graves do que a própria inconstitucionalidade.

A exemplo das mencionadas disposições transitórias utilizadas pelo legislador para evitar mudanças abruptas do ordenamento, o julgador poderá adotar medidas semelhantes para preservar todos ou alguns efeitos pretéritos da norma julgada inconstitucional, ou ainda manter o regramento antigo e viciado para os casos pendentes e, até mesmo, prorrogar sua aplicação por um período determinado, a chamada *vacatio sententia*<sup>332</sup>, uma espécie de *vacatio legis* do acórdão<sup>333</sup>.

Diante desse contexto, como salienta Carlos Blanco de Moraes, a segurança jurídica não consiste “numa exigência absoluta de certeza na produção e aplicação do direito que o sistema jurídico nunca poderá efetivamente assegurar”, mas sim num imperativo que orienta a atuação de todos os poderes, que procuram permanentemente alcançá-lo através de várias medidas, mesmo que não possa ser completamente atingido<sup>334</sup>. Afirma ainda que “o sistema jurídico reprime situações de insegurança intoleráveis, decide com base na segurança jurídica

---

<sup>332</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 725.

<sup>333</sup> OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 566-567.

<sup>334</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 339-340.

como medida de valor, mas procura coexistir com situações de incerteza suportáveis ou não desproporcionadas”<sup>335</sup>.

Apesar da impossibilidade de eliminar todas as incertezas do sistema, excluem-se as intoleráveis e a segurança objetiva para garantir a estabilidade, e a coerência do ordenamento jurídico e a previsibilidade ao cidadão, ainda que através de medidas excepcionais quando a incerteza for “suportável”, ou para assim torná-la, inclusive com mecanismos para a transição para nova realidade.

Destaca-se a definição de segurança jurídica de Carlos Blanco de Moraes, como:

[...] um princípio imanente ao conceito de Direito, que enuncia o imperativo de garantia da certeza da ordem jurídica, nas suas dimensões de estabilidade, coerência e igualdade, permitindo aos cidadãos organizarem a sua vida individual e social no respeito pela previsibilidade ou calculabilidade normativa de expectativas de comportamento e das consequências derivadas das respectivas acções<sup>336</sup>.

Por sua vez, Humberto Ávila conceitua segurança jurídica como:

[...] norma-princípio que exige dos Poderes Legislativo e Judiciário a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, *em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva*, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do e pelo Direito, com base na sua cognoscibilidade, como instrumento garantidor do *respeito à sua capacidade* de, sem engano, frustração ou surpresa, plasmar com dignidade o seu presente e fazer um planeamento estratégico juridicamente informado do seu futuro<sup>337</sup>.

Percebe-se, portanto, que as razões de segurança jurídica permeiam a atuação de todos os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, para proporcionar ao ordenamento jurídico a estabilidade jurídica, a segurança de orientação e a realização do direito, e aos indivíduos a calculabilidade e previsibilidade em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos.

<sup>335</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 339-340.

<sup>336</sup> Ibidem, p. 340.

<sup>337</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 581.

### 3.3 Razões de excepcional interesse social

O excepcional interesse social é um conceito indeterminado mais fluido<sup>338</sup>, utilizado pelo legislador para abarcar outros interesses constitucionalmente relevantes, além das razões de segurança jurídica, situando-se fora dos interesses privados<sup>339</sup>.

Essa metodologia foi a mesma adotada na Constituição de Portugal (art. 282º, nº 4), que serviu de inspiração ao art. 27, da Lei nº 9.868/99, onde foi denominado de “interesse público de excepcional relevo”, em referência aos demais interesses constitucionalmente tutelados “não subsumíveis nas noções de segurança jurídica e de equidade”<sup>340</sup>.

Rui Medeiros destaca que, em contraponto com a segurança jurídica e a equidade, evidencia-se que “o interesse público de excepcional relevo se situa fora do domínio dos interesses privados”. Acrescenta ainda que “na actual ordem constitucional portuguesa, o próprio interesse consistente na salvaguarda dos direitos fundamentais dos particulares é também um interesse público e não meramente privado”<sup>341</sup>.

Jorge Miranda comenta que a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade possui “razões estritamente jurídicas – a segurança e a equidade”, sendo a primeira mais objetiva e a segunda mais subjetiva, além de “uma razão não estritamente jurídica – interesse público de excepcional relevo”<sup>342</sup>.

Apesar da maior abertura do conceito de interesse público de excepcional relevo ou excepcional interesse social, não se pode concluir que o legislador adotou uma razão de carácter político, substituindo a constitucionalidade estrita por uma constitucionalidade política<sup>343</sup>.

Ao contrário, como afirma Rui Medeiros, sua previsão decorre da constatação de que “a segurança jurídica e a equidade não esgotavam o universo ‘dos valores do direito’ que

<sup>338</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 88.

<sup>339</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 647.

<sup>340</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 710.

<sup>341</sup> Idem.

<sup>342</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 367-503.

<sup>343</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 705; 707; 712-713.

poderiam justificar a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade”, sem que o legislador tivesse encontrado expressão melhor<sup>344</sup>. Por isso, a identificação desse interesse deve orientar-se sempre por uma razão também de valor constitucional equiparável à segurança jurídica e à equidade<sup>345</sup>.

No Brasil, ao prever (art. 27) apenas razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social para modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, acaba por atenuar essa controvérsia. Pode-se dizer que as razões de equidade, previstas autonomamente em Portugal, serão abarcadas pelo conceito de excepcional interesse social e mais alguma outra razão de valor constitucional equiparável àquelas.

Paulo Otero, ao comentar sobre a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de constitucionalidade, com base em razões de interesse público de excepcional relevo, lembra que “nunca se pode desligar da inserção social do ser humano e do seu assumir de deveres para com a toda a comunidade”<sup>346</sup>.

Justifica, primeiro, porque o interesse geral da comunidade e da sua sustentabilidade intertemporal, embora não seja representado pela soma dos interesses individuais, “nunca pode ser alheio aos interesses da pessoa humana que vive hoje e viverá amanhã nessa mesma sociedade”<sup>347</sup>.

Segundo, porque “os juízes, imbuídos de uma ética de responsabilidade que os tem de fazer ponderar os efeitos das decisões que tomam”, não podem limitar-se a uma operação mecânica da legalidade jurídico-positiva e acabar por destruir o Estado, pois “se o fizerem, acabam por fazer ruir a casa da liberdade e dos direitos das pessoas, uma vez que no Estado reside a melhor garantia de tutela da pessoa humana”<sup>348</sup>. Nessa mesma linha, Rui Medeiros resume, “em termos radicais, ‘objectivo da Constituição é alicerçar o Estado e não destruí-lo’”<sup>349</sup>.

De qualquer forma, o alcance dessa norma demanda uma fundamentação criteriosa, “com fundamentação especial e reforçada”, no sentido de identificar correta e claramente esse outro interesse público constitucionalmente tutelado, designado de excepcional interesse

<sup>344</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 707.

<sup>345</sup> Ibidem, p. 712-713.

<sup>346</sup> OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 575.

<sup>347</sup> Idem.

<sup>348</sup> Ibidem, p. 575-576.

<sup>349</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 712.

social, capaz de afastar o efeito regra da retroatividade como consequência da teoria da nulidade ou ainda possibilitar efeitos futuros, por melhor assegurar a primazia da Constituição<sup>350</sup>.

Aumenta-se a dificuldade para o julgador por ser maior o grau de indeterminabilidade desse conceito, mas deverá manter a decisão vinculada a argumentos jurídicos com fundamento constitucional capaz de, em casos excepcionais, promover melhor a otimização da supremacia da Constituição do que a simples exclusão da norma.

### 3.4 Preenchimento dos conceitos indeterminados no juízo de proporcionalidade

Os conceitos indeterminados do art. 27, da Lei nº 9.868/99, em especial o da segurança jurídica, não são fórmulas vazias e sem conteúdo<sup>351</sup>, mas neles pode ser incluída muita coisa ou quase tudo.

Não se pode esquecer a expressão da segurança jurídica (eficácia *ex ante*), decorrente da presunção de constitucionalidade da norma, responsável por proporcionar a estabilidade e a confiabilidade necessárias para orientação e planejamento do cidadão, até que haja o reconhecimento judicial de eventual inconstitucionalidade.

A confiabilidade do cidadão é potencializada, quando a presunção de constitucionalidade das normas, de certa forma, é reafirmada e reforçada pelo Supremo Tribunal Federal (eficácia *ex post*), seja em juízo de cognição sumária, ao apreciar medida cautelar, no controle abstrato, seja em cognição exauriente, através de seus precedentes, em qualquer modalidade de controle de constitucionalidade.

Apesar da provisoriedade da medida cautelar, não se afasta sua contribuição para a expectativa do cidadão, principalmente, nos casos em que há o decurso de longo lapso temporal até o julgamento final. Mais uma vez, tome-se como exemplo as duas ações diretas que suscitam a inconstitucionalidade do próprio art. 27, da Lei nº 9.868/99, que permite a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, ADIs nº 2154 e 2258, ajuizadas

<sup>350</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 710-711.

<sup>351</sup> *Ibidem*, p. 715.



em julho de 2000 e ainda em curso, em setembro de 2016, sem designação de pauta para julgamento<sup>352</sup>.

Em verdade, naquelas ações, não houve apreciação do pedido de medida cautelar, para submetê-las diretamente a julgamento pelo Tribunal, conforme art. 12, daquela mesma lei. A manifestação liminar do Tribunal sobre a manutenção da lei, com o indeferimento da cautelar na ação direta de inconstitucionalidade ou, se fosse o caso, com o deferimento da medida em ação direta de constitucionalidade, tornaria explícito seu juízo de constitucionalidade da norma ainda com base em cognição sumária.

De qualquer forma, a ausência dessa apreciação não afeta a presunção de constitucionalidade inerente à legislação questionada, que persiste, uma vez que não foi afastada. O exemplo citado evidencia essa lógica, tanto que o Supremo Tribunal Federal continuou a prática de modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, inclusive, *pro futuro*, durante esses dezesseis anos de curso do processo.

Com isso, inúmeras situações foram consolidadas, através de várias decisões do próprio Supremo Tribunal Federal que adotaram a modulação com base naquele dispositivo. Daí que se cogitou que eventual reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 27, da Lei nº 9.868/99 suscitaria paradoxalmente a possível necessidade de modulação de seus efeitos, tendo em vista razões de segurança jurídica decorrentes da consolidação daquelas decisões intermédias proferidas nesse longo prazo<sup>353</sup>.

Além dos casos que ratificam a presunção de constitucionalidade das leis, como visto acima, a própria declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos, ainda que por omissão, é uma das formas de expressão da segurança jurídica (eficácia *ex post*), por rejeitar as normas sem o fundamento de validade na Constituição.

Também ficou demonstrada a incapacidade ou inadequação de a simples declaração de inconstitucionalidade solucionar determinados vícios, motivo pelo qual surgiram várias técnicas decisórias intermédias, nos diversos ordenamentos jurídicos, positivadas ou não, dentre elas a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, sempre objetivando a primazia da Constituição nos casos em que o efeito regra demonstra-se inidôneo para tal

<sup>352</sup> Andamento processual disponível, respectivamente: **ADI 2154** em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1807999> e **ADI 2258** em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1835254>. Acesso em: 05 out. 2016.

<sup>353</sup> Ver item 1.2.2.

finalidade ou acaba por afetá-la com maior gravidade.

Dessa forma, verificam-se noções de segurança jurídica tanto na presunção de constitucionalidade das leis, em especial, se ratificada pelo Judiciário, quanto na decisão de inconstitucionalidade, com efeito regra, no caso do Brasil, da nulidade e da retroatividade, ou mesmo nos casos excepcionais que justificam a modulação daquele.

Isso provocaria um “conflito interno”, pois o mesmo princípio da segurança jurídica poderia justificar os dois interesses, a destruição dos efeitos decorrentes da inconstitucionalidade e a preservação pela previsibilidade oriunda da presunção de constitucionalidade e dos precedentes judiciais<sup>354</sup>, dificultando ou impossibilitando sua solução sem a utilização de outro elemento.

Humberto Ávila afirma que esse conflito interno entre as dimensões temporais da própria segurança jurídica ocorre em toda manutenção de efeitos de leis inconstitucionais, da seguinte forma: “mantém-se a segurança jurídica no passado, pela preservação da intangibilidade dos atos praticados ou dos efeitos produzidos, mas, ao mesmo tempo, restringe-se a segurança jurídica no futuro, pelo incentivo à prática de novo ato inconstitucional”<sup>355</sup>.

Consequentemente, não resta dúvida de que as noções isoladas de segurança jurídica, acerca da previsibilidade e estabilidade institucional do ordenamento jurídico (dimensão objetiva) e das situações resultantes da concretização das normas (dimensão subjetiva), são insuficientes para avaliar a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, seja através da limitação da retroatividade, seja através da postergação da incidência da nulidade.

Situação ainda mais difícil quando se refere ao excepcional interesse social, diante das pouquíssimas referências sobre seu conteúdo, mas que representa qualquer outro princípio constitucional relevante que não possa ser manifestado através da segurança jurídica.

Diante dessa insuficiência das noções isoladas de segurança jurídica e também do excepcional interesse social, torna-se essencial identificar quais os elementos necessários, pressupostos e/ou finalidades, além do método aplicável para o preenchimento desses conceitos indeterminados para viabilizar a modulação dos efeitos da decisão de

---

<sup>354</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 572.

<sup>355</sup> Idem.

inconstitucionalidade.

Considerando a distinção entre as duas hipóteses de modulação, limitação da retroatividade e postergação dos efeitos (*pro futuro*), e os reflexos no preenchimento das razões de segurança jurídica e excepcional interesse social em cada uma delas, apesar das questões em comum, recomenda-se analisá-las separadamente. Primeiro, a limitação da retroatividade, onde se busca resguardar os atos já praticados, conhecidos, para depois avaliar as especificidades da modulação *pro futuro* para permitir a aplicação da norma impugnada após o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

#### 3.4.1 Limitação da retroatividade

Preliminarmente, deve-se lembrar<sup>356</sup> a distinção traçada por Marcelo Rebelo de Souza entre os efeitos principais e secundários da inconstitucionalidade. O valor do ato inconstitucional, enquanto efeito principal da inconstitucionalidade, existe, por princípio, sempre e visa apagar ou atenuar “uma ofensa intolerável à harmonia do ordenamento jurídico”<sup>357</sup>. Já a retroatividade é um efeito secundário que visa sancionar aqueles que se consumaram e pode ou não existir, a depender de o ordenamento jurídico considerar útil ou não<sup>358</sup>.

Os sistemas que adotam a nulidade como desvalor do ato inconstitucional, a exemplo do Brasil, acolhem a regra da retroatividade plena de suas decisões de controle de constitucionalidade, como instrumento para apagar todos os efeitos pretéritos indesejáveis em virtude de terem sido constituídos sob a égide de uma lei inconstitucional.

A limitação da retroatividade é a excepcional modulação dos efeitos pretéritos dessa decisão, sem abandonar ou afastar a nulidade como desvalor do ato inconstitucional, para preservar alguns ou todos os atos praticados com base na norma viciada, quando sua destruição se tornar mais indesejável para a própria Constituição. Também denominada

---

<sup>356</sup> Ver item 1.2.1.

<sup>357</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa, 1988. p. 30-31.

<sup>358</sup> Idem.

simplesmente modulação pretérita<sup>359</sup>.

A maior limitação da retroatividade é a que a elimina por completo, através da preservação de todos os atos pretéritos praticados com base na norma inconstitucional para só produzir efeitos a partir da decisão (*ex nunc*). Essa hipótese excepcional no regime de nulidade impõe efeito idêntico ao decorrente da regra do regime de anulabilidade (*ex nunc*). Outrossim, é semelhante ao efeito decorrente da revogação da norma, pois persistem válidos todos os atos praticados sob sua égide, até a data limite, nova disciplina do legislador (revogação) ou o trânsito em julgado da decisão de inconstitucionalidade<sup>360</sup>.

As demais hipóteses de limitação da retroatividade podem utilizar qualquer outro momento posterior ao início da vigência da norma e anterior à decisão de inconstitucionalidade como marco delimitador entre os efeitos pretéritos que serão preservados e os que serão destruídos. Por exemplo, pode-se estabelecer como marco temporal o ajuizamento da própria ação, a concessão da medida cautelar que suspendeu a aplicabilidade da norma, a sessão de julgamento, um acórdão com mudança de paradigma sobre determinada matéria, entre outros.

Demonstrada acima a insuficiência das noções isoladas da segurança jurídica e do excepcional interesse social, previstas pelo legislador como razões para a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, observa-se a impossibilidade da definição em abstrato acerca das situações em que deverá ser adotada tal medida excepcional, nem mesmo delimitar o momento a partir do qual devem ser destruídos os efeitos.

Dessa forma, a questão somente pode ser resolvida no plano concreto, após o preenchimento daqueles conceitos indeterminados pelo Tribunal, cuja margem de decisão será condicionada por um juízo de proporcionalidade<sup>361</sup>, observados seus pressupostos e sempre orientado pelas finalidades da modulação, sem esquecer o método/procedimento para sua implementação.

---

<sup>359</sup> “A modulação pretérita de efeitos”. OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 560; “Eficácia *pro praeterito*”. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 681.

<sup>360</sup> Na Áustria, a regra é a preservação de todas as consequências jurídicas da aplicação da norma inconstitucional até seu julgamento nesse sentido, semelhante aos efeitos da revogação, exceto por esta não repristinar a norma revogada anteriormente pela norma inconstitucional. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 354-355.

<sup>361</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 702-703.

A doutrina é tranquila acerca da adoção do juízo de proporcionalidade<sup>362</sup> para limitação da retroatividade, como se observa de alguns autores, como Ana Paula Ávila<sup>363</sup>, Carlos Blanco de Moraes<sup>364</sup>, Gilmar Mendes<sup>365</sup>, Humberto Ávila<sup>366</sup>, Ingo Sarlet<sup>367</sup>, Jorge Miranda<sup>368</sup>, Luís Clóvis Rocha Júnior<sup>369</sup>, Gomes Canotilho<sup>370</sup>, Paulo Otero<sup>371</sup>, Regina Ferrari<sup>372</sup>, Rui Medeiros<sup>373</sup>. A divergência se concentra na identificação dos valores envolvidos no juízo de proporcionalidade em sentido estrito.

Adotam-se as três vertentes ou máximas tradicionalmente comuns a todo juízo de proporcionalidade: adequação ou conformidade<sup>374</sup> (se a medida é apta a atingir o fim desejado); necessidade ou indispensabilidade (se a medida, dentre as igualmente aptas para atingir o fim, é a mais suave<sup>375</sup>, menos restritiva para os direitos envolvidos<sup>376</sup>); e proporcionalidade em sentido estrito (se as vantagens da medida superam as desvantagens produzidas)<sup>377</sup>.

A finalidade do controle de constitucionalidade é averiguar a incompatibilidade de disposições infraconstitucionais com a norma constitucional e, uma vez constatada, ativar os efeitos de desvalorização daquela conduta ilícita, como a invalidação e/ou paralisação da

<sup>362</sup> Aqui, refere-se ao juízo de proporcionalidade, independentemente da divergência sobre sua qualificação como princípio ou postulado normativo aplicativo.

<sup>363</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 134-135.

<sup>364</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 348-352.

<sup>365</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 561-564.

<sup>366</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 582-583.

<sup>367</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 213.

<sup>368</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 504; MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 845.

<sup>369</sup> ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. *A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014. p. 195; 204-213.

<sup>370</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição - 7ª Edição*. 2003. Almedina, p. 267-270.

<sup>371</sup> OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 576-577.

<sup>372</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 338-339.

<sup>373</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 694-697.

<sup>374</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 269-270.

<sup>375</sup> ROCHA JUNIOR, op. cit., p. 2-5 e 209-210.

<sup>376</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. op. cit., p. 135.

<sup>377</sup> ROCHA JUNIOR, op. cit., p. 204-205.

eficácia dos atos inconstitucionais<sup>378</sup>. Trata-se de mecanismo decorrente do princípio da supremacia da Constituição e visa, nas palavras de Humberto Ávila, a restauração do “estado de constitucionalidade”<sup>379</sup>.

Contudo, como visto acima<sup>380</sup>, nem sempre o efeito regra da nulidade é capaz de proporcionar essa restauração desejada, existindo diversos tipos de sentenças intermédias da Justiça Constitucional<sup>381</sup>, dentre elas as que limitam a eficácia temporal, aptas e adequadas para solucionar determinadas situações de inconstitucionalidade e, assim, promover a primazia da Constituição.

A necessidade da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade somente se verificará quando se apresentar como a técnica, dentre as demais igualmente aptas para solucionar aquela situação de inconstitucionalidade, menos gravosa para os demais interesses envolvidos, isto é, que menos restringe a norma constitucional que impõe a invalidação com o efeito regra da retroatividade.

Não há polêmicas, na doutrina, acerca dessas duas primeiras vertentes, diante do reconhecimento da possibilidade em abstrato de excepcionalmente limitar-se o efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade, nos casos em que se apresenta como a medida menos gravosa para o ordenamento, comparada com o efeito regra da nulidade ou com as demais decisões intermédias. A divergência ocorre na identificação dos valores que serão ponderados no juízo de proporcionalidade em sentido estrito.

Rui Medeiros identifica que são cotejados o “interesse na reafirmação da ordem jurídica”, através da retroatividade dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e o “interesse na eliminação do fator de incerteza ou insegurança”, que a retroatividade em princípio acarreta com a destruição do que foi concretizado sob a égide da lei presumidamente constitucional<sup>382</sup>.

Limitar-se ao conflito entre a retroatividade ou irretroatividade parece ser insuficiente para a compreensão dos reais interesses envolvidos na questão, por não se preencher por completo os conceitos indeterminados, segurança jurídica e excepcional

<sup>378</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 323.

<sup>379</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 576-580.

<sup>380</sup> Ver item 1.1.

<sup>381</sup> Ver capítulo 2.

<sup>382</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 694-695.

interesse social, imprescindível para identificar a solução que melhor preserva a supremacia da Constituição, apesar do sacrifício decorrente da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Também não é suficiente ponderar o princípio da constitucionalidade (reafirmação da ordem constitucional) com os princípios (razões) da segurança jurídica e do excepcional interesse social<sup>383</sup>, uma vez que, sendo indeterminados, necessário primeiro seu preenchimento.

Precisa-se, então, direcionar o foco para o que está por detrás da retroatividade plena e da mitigada, isto é, qual interesse atingido pela inconstitucionalidade já reconhecida judicialmente e qual fundamenta a credibilidade do ordenamento e justifica a expectativa do cidadão, baseada em razões de segurança jurídica, ou o excepcional interesse social.

Em outras palavras e segundo a lógica de Rui Medeiros, qual o interesse justifica a reafirmação da ordem jurídica constitucional violada para promover a completa destruição dos efeitos até então concretizados e qual o interesse, eventualmente afetado com aquela decisão simples, representaria uma incerteza ou insegurança ainda pior, insuportável, para o ordenamento.

O primeiro interesse é de fácil identificação, uma vez que representa o fundamento da decisão de acolhimento da inconstitucionalidade. Para que se promova o juízo de proporcionalidade, obrigatoriamente, o interesse afetado com a decisão simples de acolhimento (retroativa), mas que precisa ser preservado, mediante a limitação da retroatividade daquela, também deve ser tutelado pela Constituição. Caso contrário, a solução seria muito simples através da superioridade da norma constitucional reconhecida judicialmente como violada por outra infraconstitucional. A salvaguarda de interesses tutelados exclusivamente em normas infraconstitucionais em nada poderia promover a supremacia da Constituição.

Nesse sentido, Ana Paula Ávila afirma que a proporcionalidade determinará “em que medida se autoriza a agressão de uma norma constitucional (aquela que justifica a declaração de inconstitucionalidade) para a promoção de outras normas também constitucionais (aquelas que protegem os efeitos do ato inconstitucional)”<sup>384</sup>. Essa operação seria a que Paulo Otero

<sup>383</sup> OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 559.

<sup>384</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 136.

denomina de função “branqueadora” da invalidade e implica uma “refundamentação” normativa das situações jurídicas ressalvadas, pois, de fato, os efeitos pretéritos persistirão somente quando se detectar outra norma constitucional que lhe fundamente<sup>385</sup>.

Luis Clóvis Rocha Júnior menciona que apenas as normas de direito fundamental podem co-incidir sobre a mesma realidade, sintetizadas, no caso da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, pelos conceitos jurídicos de segurança jurídica e excepcional interesse social.

As razões de segurança jurídica e o excepcional interesse social servirão de filtro para reavaliar todos os interesses constitucionais que podem ser afetados com a retroatividade da decisão simples de inconstitucionalidade<sup>386</sup>, para evitar seus efeitos típicos minimizem ao invés de otimizar a vontade constitucional<sup>387</sup>. Uma vez identificado esse interesse constitucional afetado pela decisão, haverá uma sobreposição com o preenchimento de um daqueles conceitos indeterminados, tornando esse procedimento intersubjetivamente controlável<sup>388</sup>.

Quando se trata de promover a Constituição, não se pode limitar à maximização parcial da norma violada, com o efetivo afastamento da disposição viciada e destruição de todos seus efeitos, pois o princípio da unidade da Constituição pressupõe que se a considere de forma unitária e não fragmentada<sup>389</sup> e “postula uma concordância prática entre os diferentes interesses constitucionalmente protegidos”<sup>390</sup>.

A escolha da segurança jurídica como filtro para esse reexame decorre do objetivo maior de se preservar a estabilidade do sistema com fundamento prevalecente na Constituição, ainda que algum outro reste violado com a limitação da retroatividade. O filtro pelo excepcional interesse social representa uma cláusula de reserva para prevalência do

<sup>385</sup> OTERO, Paulo. Manual de Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 2014, p. 561-562.

<sup>386</sup> “O ordenamento jurídico aparece, assim, como o início e o fim do processo interpretativo, constituindo-se no ponto de contato que garante o controle intersubjetivo da fundamentação. Essa linha sugere que o ordenamento opere como um filtro dos elementos externos, exigindo que se encontre sempre uma correspondência entre eles e os elementos internos no sistema [...]”. ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 81.

<sup>387</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 598.

<sup>388</sup> ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. *A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014. p. 205.

<sup>389</sup> ÁVILA, op. cit., p. 136.

<sup>390</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora. 1999. p. 712.



interesse da sociedade relacionado a algum princípio constitucional, inclusive a equidade, que a segurança jurídica não seja capaz de assegurar.

Trata-se, portanto, de um conflito de interesses constitucionais provocado pela declaração da inconstitucionalidade de lei que até então se presumia constitucional. Ana Paula Oliveira Ávila explica que a modulação é uma forma alternativa de racionalidade autorizada pela supremacia da Constituição como um todo. Apresenta a fórmula em que a “norma legal A contraria a norma X da Constituição, mas norma A gerou situações amparadas por normas Y e Z da Constituição”<sup>391</sup>. Conclui pela modulação quando aplicar Y+Z para proteger tais situações promove mais a Constituição do que aplicar somente X para invalidar A.

Não é por outro motivo que todas as teorias de defesa da irretroatividade da decisão de inconstitucionalidade, seja como regra ou exceção, fazem referência a casos em que a preservação dos efeitos possibilita uma otimização da própria supremacia da Constituição.

Assim visto o problema, a modulação dos efeitos dependerá de dois fatores.

Imprescindível, no primeiro momento, o preenchimento, no caso concreto, dos conceitos indeterminados para poder identificar realmente quais os interesses constitucionais que se encontram afetados pela retroatividade e por sua modulação.

Após a correta identificação do conflito de interesses constitucionais, realizar-se-á um rigoroso juízo de proporcionalidade<sup>392</sup>, como em qualquer conflito entre princípios constitucionais independentemente de ser causado pelo reconhecimento de uma inconstitucionalidade.

Rui Medeiros afirma que, para se verificar se as consequências gerais da declaração de inconstitucionalidade são ou não excessivas, deverá o Tribunal Constitucional ponderar os diferentes interesses envolvidos e, “concretamente, confrontar os interesses afectados pela lei inconstitucional com aqueles que hipoteticamente seriam sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa e repristinatória”<sup>393</sup>.

Apesar de a fórmula acima indicar a existência de duas normas constitucionais (Y +

<sup>391</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.p. 68.

<sup>392</sup> “Numa palavra, e na linha de Alexy, dir-se-á que o nº 4 do artigo 282.º da Constituição concebe o princípio da constitucionalidade em sentido estrito como um verdadeiro princípio e que ‘o caráter de princípio implica a máxima da proporcionalidade’”. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 697.

<sup>393</sup> MEDEIROS, Rui. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 845-846.

Z), que justificam a irretroatividade, trata-se de ilustração exemplificativa do problema, pois a análise não é quantitativa, mas qualitativa através do juízo de proporcionalidade, também defendido por Ana Paula Ávila.

Diante da natureza constitucional dos interesses em conflito, não pode o julgador utilizar-se de considerações políticas ou consequencialistas. Deve-se basear em argumentos jurídicos e obrigatoriamente constitucionais, porque desempenha uma atividade finalisticamente vinculada aos critérios estabelecidos através do preenchimento, no caso concreto, dos conceitos indeterminados de segurança jurídica e excepcional interesse social na busca, através da ponderação, da solução que melhor preserva a supremacia da Constituição<sup>394</sup>.

Prevalecerá, nas palavras de Rui Medeiros, a consequência que, “na situação concreta, conduza à mais rápida, efectiva e abrangentemente possível optimização da Constituição e, simultaneamente, seja capaz de evitar novas fricções constitucionais”<sup>395</sup>.

O interesse prevalecente, após essa ponderação, indicará qual efeito temporal deverá ser atribuído à declaração de inconstitucionalidade. A limitação da retroatividade ocorrerá todas as vezes em que a solução apontar para prevalência do interesse, que justifica a preservação dos atos praticados antes da decisão de inconstitucionalidade por melhor assegurar a supremacia da Constituição.

A limitação da retroatividade poderá ser mais ou menos intensa. Pode ir, como já mencionado, desde o efeito *ex nunc* até qualquer outro momento adequado no passado, a exemplo da data da concessão da medida cautelar, ou ainda, para preservar determinados casos, como a coisa julgada ou acórdão paradigma para uma mudança de entendimento do tribunal. A maior ou menor intensidade dessa limitação também será avaliada nesse juízo de proporcionalidade.

Tudo isso ratifica a constitucionalidade do instituto da limitação da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade. A constitucionalidade *in concreto*<sup>396</sup> sempre dependerá da

<sup>394</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 63; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 735; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 564; MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. , p. 846-847.

<sup>395</sup> MIRANDA, loc. cit.

<sup>396</sup> Designação que se opõe à situação inversa, inconstitucionalidade *in concreto*, utilizada por Ana Paula Ávila.

atuação do julgador na correta identificação dos interesses constitucionais envolvidos, e num rigoroso juízo de proporcionalidade realizado entre eles.

### 3.4.2 Alguns julgados do STF de limitação da retroatividade

A impossibilidade da definição em abstrato de quando e como deve haver a limitação da retroatividade, por depender sempre da análise do juízo de proporcionalidade no caso concreto, recomenda a análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, inclusive anteriores à Lei nº 9.868/99, quanto à identificação das normas constitucionais sobrepostas às razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

#### 3.4.2.1 Limitação *ex nunc* no controle difuso antes da Lei nº 9.868/99

Mais uma vez, retomam-se os julgados do Supremo Tribunal Federal, RE 78209/SP e RE 78533/SP, de controle difuso e anteriores à vigência da Lei nº 9.868/99, para visualizar quais os parâmetros utilizados pelo Tribunal, se coincidem com o regramento posterior do art. 27, daquela lei e se cumpriria seus atuais requisitos<sup>397</sup>.

O primeiro foi julgado, ainda em 09.10.1974, e dizia respeito à legislação do Estado de São Paulo, que autorizava o Procurador Geral a designar funcionários públicos para o desempenho das funções próprias do cargo de oficial de justiça. Insurgia-se porque algumas penhoras foram feitas por tais servidores.

O relator fez o reenquadramento da situação, porque entendia que aquela situação não configuraria a delegação de atribuições, mas o exercício irregular destas por funcionário

---

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 61.

<sup>397</sup> STF – Primeira Turma – RE 78209/SP. Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. em 04.06.1974. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173630>. STF – Segunda Turma – RE 78533/SP. Rel. Min. Firmino Paz, j. em 03.11.1981. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173939>. Acesso em: 27 out. 2013.

de outro Poder, sem prejuízo de qualquer espécie para a recorrente que desenvolveu amplamente sua defesa.

Ressaltou que, no Direito Administrativo, é pacífica a teoria da validade dos atos praticados até pelo funcionário de fato. Acrescentou que não se tratavam de usurpadores pela violência ou pela fraude, mas agentes do Estado com defeito de competência, que exerceram suas funções em virtude de lei e cumprindo as ordens e disciplina dos juízes.

Além de ser anterior à lei, merece destaque a distinção entre o desvalor da inconstitucionalidade e suas consequências. Afirmou que “uma coisa é a inconstitucionalidade da Lei paulista”, “outra as consequências jurídicas dos atos materiais e até dos atos jurídicos por eles praticados por ordem e sob responsabilidade dos juízes, como serventuários destes, antes da declaração daquela inconstitucionalidade”. Por isso, declarou-se a inconstitucionalidade, mas reconheceu-se a validade de todos os atos praticados por aqueles oficiais de justiça.

O segundo caso, data de 13.11.1981, e versa sobre a mesma legislação. O relator votou pela inconstitucionalidade e pela nulidade das penhoras efetivadas, com base na teoria da nulidade decorrente da inconstitucionalidade. Entendia que reconhecer a validade de qualquer ato praticado seria negar sua nulidade.

Houve divergência que se consagrou vencedora, porque, apesar da inconstitucionalidade do ingresso do servidor naquela função, havia aparência de regularidade quando do cumprimento do mandado, até porque seria apenas cumpridor da ordem judicial. O Ministro Moreira Alves acrescentou que a insurgência se limitou à investidura, em nada sendo impugnado o ato processual da penhora.

No atual e necessário juízo de proporcionalidade, percebe-se facilmente a aptidão, adequação da medida, pois efetivamente reconhece a inconstitucionalidade do ingresso no serviço público sem o respectivo concurso para cessar o desempenho da função. Ao mesmo tempo, a retroatividade para destruição dos atos processuais concretizados não seria capaz de restaurar a constitucionalidade para legitimar aquele ingresso, nem resguardaria as penhoras realizadas, mas, ao contrário, acarretaria a nulidade de várias expropriações e julgamentos, que não foram impugnados.

Da mesma forma, a necessidade da medida restaria evidenciada, pois se apresenta como a medida que afasta imediatamente o servidor que ingressou de forma inconstitucional

no serviço público, sem reflexos mais gravosos para a obrigatoriedade do concurso público.

Na questão principal da proporcionalidade em sentido estrito, em que se avalia a relação entre o meio e o fim, isto é, as vantagens da medida adotada em relação às desvantagens produzidas, também resultaria na modulação *ex nunc*. A modulação oferece a vantagem da preservação dos atos processuais praticados pelo então oficial de justiça, em estrito cumprimento da determinação judicial, desprovidos de vícios de conteúdo, sem prejudicar o direito de terceiros decorrente do julgamento dos processos em que aqueles atuaram, apesar da inobservância da exigência constitucional de ingresso no serviço público mediante concurso público.

Havia razões de segurança jurídica, diante da regularidade do conteúdo dos atos praticados, além de o oficial de justiça estar no exercício da função, após nomeação pela autoridade fundada em dispositivo legal presumido constitucional, elementos suficientes para legitimar a expectativa do cidadão que obteve a prestação jurisdicional no processo em que aqueles atuaram.

#### 3.4.2.2 Negada limitação da retroatividade pretendida pelo Estado antes e depois da Lei nº 9.868/99

Na ADI 513<sup>398</sup>, em 14.06.1991, foi reconhecida a violação do princípio da anterioridade em virtude da impossibilidade de majoração do índice para cálculo do imposto de renda para os fatos anteriores à sua vigência, nem para os ocorridos no mesmo exercício em que foi editada a lei.

Houve indeferimento do pedido de efeito *ex nunc* por duplo fundamento. Primeiro, porque o caso não versava exclusivamente sobre tributo já integrado ao patrimônio público, mas de ingresso futuro a ser apurado na declaração anual do contribuinte e recolhido posteriormente.

Afirmou ainda que não havia “ameaça iminente à solvência do Tesouro, à continuidade dos serviços públicos ou algum bem política ou socialmente relevante” para

---

<sup>398</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 513, Relator: Min. Célio Borja, julgado em 14.06.1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266395>. Acesso em: 08 nov. 2013.

justificar a supressão do “efeito próprio, no Brasil, do juízo de inconstitucionalidade da norma, que é a sua nulidade”. Embora recusados no caso concreto, registra-se aqui que foram cogitados para modulação dos efeitos os elementos de conteúdo financeiro acima, como ameaça à solvência do Tesouro e bem socialmente relevante, que aparentemente poderiam se sobrepor às razões de excepcional interesse social para preenchimento deste conceito indeterminado.

Na ADI 1102<sup>399</sup>, em 05.10.1995, declarou-se a inconstitucionalidade das expressões “empresário e autônomos”, a fim de que tais categorias não estivessem sobre a incidência de contribuição destinada à seguridade social. Essa inconstitucionalidade já havia sido reconhecida, em controle difuso, por maioria, no RE 166772-9/RS<sup>400</sup>.

O destaque desse julgado é a ressalva da tese vencida do relator pela modulação dos efeitos *ex nunc* ou a partir da concessão da liminar, devido às “drásticas consequências ao orçamento da seguridade social, abalada por notória insuficiência de caixa”. Restou vencedora a tese baseada na teoria da nulidade da declaração de inconstitucionalidade, com efeito de regra da retroatividade.

O Ministro Sepúlveda Pertence afirma que “o problema dramático da eficácia *ex tunc* surge quando ela vem surpreender uma lei cuja validade, pelo menos, era 'dada de barato', e de repente, passados tempos, vem a Suprema Corte a declarar-lhe a invalidez de origem”<sup>401</sup>. Acrescenta que a lei em análise já tinha sua inconstitucionalidade suscitada desde o início de sua vigência da lei anterior (nº 7. 787/89) sobre a matéria, com precedentes do Supremo Tribunal Federal. Por último, em situações com discussão judicial desde o início, aponta que o Executivo pode utilizar-se da ação direta de constitucionalidade para não ser surpreendido com decisão futura sobre sua validade.

O ponto em comum dos julgados é a negativa de limitação *ex nunc* requerida pelo Estado para que ficasse livre da repetição de valores pagos indevidamente, com base em elementos de conteúdo financeiro, que aparentemente poderiam se sobrepor às razões de excepcional interesse social para preenchimento deste conceito indeterminado. Todavia, em ambos, no conflito entre a saúde financeira do Estado e o direito à propriedade do contribuinte

<sup>399</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 1102, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, julgado em -05.10.1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266657>. Acesso em: 08 nov. 2013.

<sup>400</sup> STF – Tribunal Pleno – RE 166772-9/RS, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 12.05.1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=216095>. Acesso em: 15 jan. 2016.

<sup>401</sup> Voto do Min. Sepúlveda Pertence, p. 41-42 do acórdão.

afetado por um tributo inconstitucional, prevaleceu a proteção à propriedade.

Também não houve limitação da retroatividade para inviabilizar a restituição dos valores pagos, no Rio de Janeiro, por tributos municipais declarados inconstitucionais, como a alíquota progressiva de IPTU e as taxas de coleta de lixo e limpeza pública e de iluminação pública, a exemplo do Areg no AI 427813<sup>402</sup>, Areg no RE 392139<sup>403</sup> e AReg no RE 392129<sup>404</sup>. Acabou por prevalecer a tutela ao direito de propriedade do contribuinte em detrimento do pedido do ente público, fundado na ameaça ao dano à sua saúde financeira e/ou ao recolhimento de boa-fé do tributo.

### 3.4.2.3 Limitação *ex nunc* em controle difuso por razões de segurança jurídica

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da modulação dos efeitos no HC 82959<sup>405</sup>, em 23.02.2006, em que declarou a inconstitucionalidade do dispositivo legal (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90) que estabelecia o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena pelos condenados por crimes hediondos.

Reconheceu que houve violação ao princípio da individualização da pena, por impedir a progressão de regime de acordo com as circunstâncias pessoais de cada condenado visando sua reinserção na sociedade, uma vez que aquele princípio não se esgota na pena abstrata nem na dosimetria, devendo estar presente também na execução da pena.

A discussão sobre a limitação dos efeitos decorreu do fato de aquele julgado representar uma mudança de paradigma no Supremo que possuía jurisprudência consolidada, em sentido contrário, há muitos anos, desde os primeiros questionamentos da norma logo após sua vigência.

O Supremo Tribunal Federal sempre reconhecia a constitucionalidade do dispositivo

<sup>402</sup> STF – Primeira Turma – AReg no AI 427813, Relator: Min. Eros Grau, j. em 12.04.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=312610>. Acesso em: 08 nov. 2013.

<sup>403</sup> STF – Primeira Turma – AReg no RE 392139 Rel. Min. Eros Grau, j. em 12.04.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=381020>. Acesso em: 08 nov. 2013.

<sup>404</sup> STF – Primeira Turma – AReg no RE 392129, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, j. em 12.04.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=381015>. Acesso em: 08 nov. 2013.

<sup>405</sup> STF – Tribunal Pleno – HC 82959. Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 23.02.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 24 abr. 2013.

e afastava o argumento de violação do princípio da individualização da pena, por entender que havia sido assegurado, em abstrato, pelos limites legais da pena prevista para o crime e, em concreto, pela dosimetria realizada pelo julgador na sentença condenatória.

Essa mudança de paradigma gerou um grande debate sobre a inconstitucionalidade por violação ao princípio da individualização da pena, contando o acórdão com mais de duzentas laudas.

Outro destaque desse julgado é o voto do Ministro Gilmar Mendes sobre a possibilidade de modulação dos efeitos em controle difuso, que acabou por prevalecer seu cabimento.

O próprio Supremo aplicava a modulação, inclusive em controle difuso, antes mesmo da vigência da Lei nº 9.868/99, como visto acima. Se o simples fato de a Lei nº 9.868/99 disciplinar sobre ações de controle abstrato fosse impedimento, a consequência seria a ampliação da liberdade do Supremo Tribunal Federal em continuar adotando a medida excepcional, sem o enrijecimento imposto naquele dispositivo, inclusive em relação ao quórum qualificado<sup>406</sup>.

Quanto ao juízo de proporcionalidade acerca da modulação propriamente dita, a fundamentação sempre se voltava às razões de segurança jurídica, relacionada diretamente com a mudança do paradigma, para conferir segurança ao processo de transformação. Não se tratava dos efeitos do cumprimento da prisão em regime fechado até aquela data em virtude da presunção de constitucionalidade daquela norma, mas de posicionamento consolidado e constantemente reiterado pelo Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade da medida.

Houve ainda referência pelo Ministro Gilmar Mendes à responsabilidade civil do Estado por erro judicial ou por prisão excessiva, caso houvesse a destruição dos efeitos do cumprimento da pena naquele regime.

Esse julgado demonstrou a atuação criteriosa dos ministros na análise dos requisitos para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, no caso, pelas razões de segurança jurídica diante da necessidade de estabilidade do sistema que há anos aplicou uma lei reiteradamente declarada constitucional pelo próprio Supremo.

Muito mais relevante do que a eventual responsabilidade civil do Estado pela prisão

---

<sup>406</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 60.



em regime fechado, cuja repercussão é econômica, criar-se-ia uma redução da confiabilidade nas decisões do Supremo que reafirmam a presunção de constitucionalidade da norma, que ensejou uma série de condenações com o cumprimento da pena em regime mais rigoroso.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela modulação dos efeitos com eficácia *ex nunc* para preservar todas as penas integralmente cumpridas, já que apenas afastou o óbice legal para a progressão, sem prejuízo da apreciação pelo magistrado competente dos demais requisitos concernentes à progressão de todos os condenados que ainda se encontravam cumprindo a pena.

### 3.4.3 Modulação *pro futuro*

A supremacia da Constituição impõe como consequência à norma reconhecida, em controle de inconstitucionalidade, como inconstitucional a ativação de alguns efeitos da desvalorização jurídica do ato inconstitucional, invalidação e/ou paralisação da eficácia dos atos inconstitucionais<sup>407 408</sup>. Nas palavras de Carlos Blanco de Moraes, implica “a expulsão da norma inconstitucional do ordenamento” e “a cessação imediata de efeitos futuros, a partir do momento da publicação da decisão de invalidade”<sup>409</sup>.

Demonstrou-se que essa desvalorização pode variar entre inexistência, nulidade e anulabilidade, de acordo com a opção adotada em cada ordenamento jurídico, com reflexos no efeito secundário da inconstitucionalidade, uma vez que as duas primeiras são dotadas do efeito regra da retroatividade e a última do da irretroatividade. Também admite-se, com certa tranquilidade, que existem medidas excepcionais que mitigam o efeito regra de cada sistema, seja ele qual for, retroatividade ou irretroatividade. Assim, a retroatividade e a irretroatividade podem ser efeito regra ou medida excepcional, a depender do desvalor atribuído pelo ordenamento ao ato inconstitucional.

Independentemente do regime de invalidade adotado, estabelece-se, então, o marco

<sup>407</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 323.

<sup>408</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa. 1988. p. 15-19.

<sup>409</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional - Tomo II. O direito do contencioso constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 186.

para a incidência do efeito, comum a todos, de paralisação da eficácia da norma inconstitucional, uma vez que esta não deverá ser aplicada, após o reconhecimento judicial de sua inconstitucionalidade ou a partir da publicação dessa decisão<sup>410</sup>, efeito semelhante ao de quando há sua revogação.

Diferentemente do que ocorre na modulação pretérita, a distinção entre o efeito principal, nulidade, e o secundário, retroatividade, não será capaz de interferir na eventual aplicação futura da norma inconstitucional. Dessa forma, a modulação *pro futuro* somente ocorrerá com a suspensão daqueles efeitos sancionatórios de paralisação ou cessação da eficácia da norma e de sua expulsão do ordenamento, o que só ocorrerá com a postergação da incidência da própria invalidade, seja ela qual for, nulidade ou anulabilidade.

Será, conseqüentemente, sempre uma medida excepcional, em qualquer ordenamento e, por isso, suscita grande controvérsia acerca de sua admissibilidade, e até mesmo em relação à legitimidade de o Poder Judiciário promovê-la, sem afetar o princípio da separação dos poderes. A fertilidade do tema tem promovido profunda discussão na doutrina e nos Tribunais entre os que são totalmente contrários a tal medida<sup>411</sup> e os que lhe são favoráveis em determinadas circunstâncias<sup>412</sup>. Como dito na introdução, apesar da relevância do tema, o presente trabalho não pretende abordá-lo, por ser merecedor de um estudo autônomo, o que não impede de traçar algumas considerações, sem pretensão de esgotá-lo, até mesmo para o enquadramento das questões práticas que serão abordadas mais adiante.

A Constituição austríaca prevê expressamente a possibilidade de o Tribunal Constitucional postergar a vigência da anulação da decisão de inconstitucionalidade, limitando o prazo máximo a dezoito meses<sup>413</sup>. Trata-se de opção explícita e inquestionável do

<sup>410</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional* - Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 186.

<sup>411</sup> Carlos Blanco de Moraes, Jorge Miranda e Marcelo Rebelo de Sousa são alguns dos defensores da impossibilidade de modulação *pro futuro*, seja pela imediata eliminação da norma inconstitucional, seja pelo horizonte temporal mínimo de repescagem de efeitos do ato nulo ser o resultante do “regime típico da nulidade, ou seja a imediatividade pura e simples da paralisação dos efeitos do ato nulo”. MORAIS, op. cit., p. 268; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 505 e SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa, 1988. p. 261.

<sup>412</sup> Rui Medeiros, Paulo Otero e Gilmar Mendes alguns dos defensores da possibilidade da modulação *pro futuro*. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora. 1999. p. 695 e 725-728; OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 571 e 575; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 648.

<sup>413</sup> “4. A anulação entra em vigor com o expirar do dia da publicação se o tribunal constitucional não determina um prazo para o ficar sem vigor. Esse prazo não deve exceder 18 meses” (destacou-se).

constituente. Pode-se ainda afirmar que não há uma relação direta com a opção daquele ordenamento pelo regime da anulabilidade do ato inconstitucional, uma vez que este é dotado do mesmo efeito paralisante existente no regime da nulidade. Não havendo peculiaridade nos efeitos futuros em qualquer regime, o exemplo austríaco indica a possibilidade de o ordenamento optar pela modulação *pro futuro*, se assim entender melhor, liberdade semelhante à da escolha pelo valor atribuído ao ato inconstitucional.

O que varia entre tais regimes é o grau de retroatividade da decisão de inconstitucionalidade, de forma que é possível, no máximo, reconhecer que a modulação *pro futuro* implica uma mitigação num grau menor do efeito *ex nunc* se comparado com a do efeito *ex tunc*. Em outras palavras, a modulação *pro futuro* posterga a incidência da invalidade do ato inconstitucional, que, no regime de anulabilidade, somente se iniciaria com a publicação da decisão de inconstitucionalidade, enquanto, no regime de nulidade, retrocede para o momento da entrada em vigor da norma inconstitucional.

De forma mais direta, a modulação *pro futuro* posterga a incidência da invalidade que implica, no regime da anulabilidade, adiar seus efeitos simultâneos de invalidação e de paralisação, e, no de nulidade, afastar, primeiro, a invalidação, isto é, a destruição de todos os efeitos pretéritos ao reconhecimento da inconstitucionalidade e ainda prorrogar o momento de seu início, bem como o da paralisação/cessação da eficácia da norma viciada. A modulação *pro futuro*, ao postergar a nulidade, sempre estará associada a uma dupla mitigação, da retroatividade e da paralisação da eficácia.

Em resumo, se a paralisação da eficácia ocorre indistintamente em ambos os regimes, há que se concluir que a postergação da nulidade ou da anulabilidade decorre de opção de cada ordenamento jurídico, como expressamente previsto na Áustria.

Na Alemanha, onde também se adota o efeito regra da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade, mesmo sem a previsão explícita na Constituição, a jurisprudência da Corte Constitucional desenvolveu, e posteriormente foi incorporada à lei daquele Tribunal, as decisões de incompatibilidade que permitem que a norma inconstitucional não seja expulsa do ordenamento. Tal decisão também é denominada de decisão de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Apesar da inconstitucionalidade, permanece vigente no ordenamento,

---

HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. p. 125.

ainda que sua aplicabilidade seja suspensa até que o legislador solucione o vício<sup>414</sup>.

Embora, nos Estados Unidos, a questão dos efeitos temporais seja discutida como um problema sobre a retroatividade das decisões que alteram entendimento sobre a constitucionalidade de certo ato ou prática, em geral, conforme Luis Clóvis Rocha Júnior, admitem-se três formas de modulação:

a) a nova orientação somente valeria para o futuro (*prospective overruling*); b) a regra nova se aplica, apesar de tudo (dos efeitos), apenas aos processos pendentes, mas já ajuizados (*limited prospectivity*); c) somente haveria eficácia *ex nunc*, excluindo qualquer retroatividade (*pure prospectivity*)<sup>415</sup>.

No que interessa ao presente tópico, observa-se que, apesar da adoção da teoria da nulidade com efeito regra da retroatividade, aquele ordenamento não restringe a modulação da retroatividade ao seu limite máximo, efeito *ex nunc* (*pure prospectivity*). Também não depende do questionamento judicial prévio à mudança ainda pendente para autorizar a aplicação da norma inconstitucional em momento futuro (*limited prospectivity*). Há possibilidade de a norma, mesmo após o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, continuar produzindo efeitos com a formação de novas relações jurídicas (*prospective overruling*).

Demonstra uma certa sintonia com a opção explícita da Constituição austríaca e com aquela construída pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, posteriormente positivada em norma infraconstitucional.

Com isso, não se pode excluir, a partida, a eventual admissibilidade da modulação *pro futuro* nos ordenamentos que adotaram o regime da nulidade (retroatividade), pois não há uma incompatibilidade obrigatória/intrínseca ou, no mínimo, essa incompatibilidade não seria diversa da encontrada naqueles que adotaram o regime da anulabilidade.

Por outro lado, por ser uma medida sempre excepcional, em ambos sistemas, imprescindível que sejam ainda maiores a cautela na sua aplicação e o rigor na identificação

<sup>414</sup> A suspensão da aplicabilidade é o elemento que a diferencia da modulação *pro futuro* (item 2.3.3). Todavia Emílio Meyer noticia uma superação do entendimento inicial da Corte Constitucional alemã, admitindo excepcionalmente a aplicação da lei inconstitucional. MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008. p. 134-135. Gilmar Mendes também aponta que, “em determinados casos, a aplicação excepcional da lei inconstitucional traduz exigência do próprio ordenamento constitucional”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1433.

<sup>415</sup> ROCHA JÚNIOR, Luis Clóvis Machado da. *A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014. p. 24.

das hipóteses em que poderá ocorrer, seus pressupostos, finalidades e procedimento, para justificar a adoção de medida tão drástica.

#### 3.4.3.1 Tratamento no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, o controle de constitucionalidade iniciou-se exclusivamente na forma incidental, com a chamada Constituição Provisória de 1890 (Decreto nº 848, de 11.10.1890), incorporado posteriormente pela Constituição de 1891<sup>416</sup>. Passou a ser misto, com a instituição do controle concentrado, através da emenda à Constituição de 1946 (EC nº 16, de 26.11.1965)<sup>417</sup>.

Nenhuma dessas Constituições nem as posteriores, inclusive a atual Constituição Federal de 1988, possuem disciplina explícita sobre o valor jurídico do ato inconstitucional nem mesmo acerca dos respectivos efeitos temporais. Nessa mesma lógica, também não há qualquer referência explícita para autorizar ou proibir a modulação *pro futuro*.

O silêncio frequente das Constituições brasileiras sobre a matéria, associado à influência da antiga doutrina americana, que adotou o regime da nulidade da norma inconstitucional e a retroatividade como efeito regra, permitem concluir pela adoção implícita daquele mesmo regime, apesar de, excepcionalmente, preservar alguns ou todos (*ex nunc*) os atos derivados da norma inconstitucional, quando tal medida melhor tutelar a supremacia da Constituição<sup>418</sup>.

Tudo isso é útil para solucionar a discussão acerca da constitucionalidade da modulação pretérita prevista em norma infraconstitucional (art. 27, da Lei nº 9.868/99), por haver alinhamento com a opção implícita da Constituição. Não se pode esquecer que a constitucionalidade *in concreto* da modulação pretérita sempre dependerá da atuação do julgador na correta identificação dos interesses constitucionais envolvidos e num rigoroso juízo de proporcionalidade realizado entre eles<sup>419</sup>.

<sup>416</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23-36.

<sup>417</sup> Ibidem, p. 35-38.

<sup>418</sup> Ver item 1.1.

<sup>419</sup> Ver item 3.4.1.

Talvez não se possa atribuir ao *prospective overruling* o mesmo grau de influência que se observou quanto à antiga doutrina americana na formação do controle difuso de constitucionalidade brasileiro e na adoção do regime da nulidade dotado de retroatividade, mas não deixa de ser um elemento significativo<sup>420</sup> a contribuir para a admissibilidade, em casos concretos específicos e devidamente justificados, da modulação *pro futuro*<sup>421</sup>.

Associa-se ainda a influência das técnicas de decisão alemãs, dentre elas a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, disseminadas no ordenamento brasileiro com a contribuição de Gilmar Mendes, mesmo antes de seu ingresso no Supremo Tribunal Federal, além da referência a outras decisões manipulativas do Direito Comparado para fundamentar suas decisões<sup>422</sup>.

No Brasil, a modulação pretérita originariamente foi adotada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>423</sup>. A modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade acabou positivada no multicitado art. 27, da Lei nº 9.868/99, ao autorizar o Supremo Tribunal Federal, com base em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, através de dois terços dos seus membros, “restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”<sup>424</sup>.

Muito já se referiu, neste trabalho, à inspiração desse dispositivo no art. 282º, nº 4, da Constituição de Portugal, onde também se discute acerca da admissibilidade da modulação *pro futuro*. Todavia, a diferença da redação dos dispositivos aponta para uma maior abertura da norma brasileira, ao detalhar três momentos para modulação, sem qualquer pretensão de que isso induza à inadmissibilidade da modulação *pro futuro* em Portugal, até porque não é o objeto do presente estudo.

É que o art. 282º, da CRP fixa, no nº 1, a regra de que a declaração de

<sup>420</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 675.

<sup>421</sup> Embora não se pretenda esgotar o tema da admissibilidade da modulação *pro futuro*, necessárias algumas considerações até mesmo para o enquadramento das questões práticas que serão abordadas mais adiante.

<sup>422</sup> Como se observa no voto do Ministro, p. 90 do acórdão. STF – Tribunal Pleno - ADI 3819-2/MG. Relator Min. Eros Grau, j. em 24.10.2007. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516783>. Acesso em 15 mai.2013.

<sup>423</sup> STF – Primeira Turma – RE 78209/SP. Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. em 04.06.1974. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173630>. STF – Segunda Turma – RE 78533/SP. Rel. Min. Firmino Paz, j. em 03.11.1981. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173939>. Acesso em 27.10.2013.

<sup>424</sup> Lei nº 9.868/99. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm). Acesso em: 06 maio 2013.

inconstitucionalidade produz efeitos “desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional” e, no nº 2, segue essa lógica para a inconstitucionalidade superveniente retroagir à entrada em vigor da norma constitucional posterior, ao tempo em que, no nº 4, autoriza o Tribunal Constitucional a fixar os efeitos da inconstitucionalidade “com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs 1 e 2”, com base na segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo<sup>425</sup>.

Já o art. 27, da Lei nº 9.868/99, além de autorizar, como em Portugal, “restringir os efeitos daquela declaração”, permite que o Supremo venha a “decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Dessa forma, o legislador infraconstitucional não deixou dúvidas acerca da admissibilidade da modulação *pro futuro*.

Essa diferenciação deixa o ordenamento brasileiro imune, ou menos vulnerável, a críticas de ausência de previsão legal acerca da possibilidade da modulação *pro futuro*, por se limitar a autorizar a restrição do efeito regra e não sua postergação, a exemplo da redação mais restritiva do texto constitucional português<sup>426</sup>.

É possível, porém, visualizar um ponto comum para ambos os ordenamentos, brasileiro e português, a ausência, na Constituição, de autorização explícita para modulação *pro futuro*, com reflexo na discussão da constitucionalidade do art. 27, da Lei nº 9.868/99.

De qualquer forma, *mutatis mutandis*, a modulação *pro futuro*, assim como a pretérita<sup>427</sup>, pressupõe a identificação do interesse constitucionalmente tutelado que seria afetado com a imediata cessação da eficácia, paralisação, da norma inconstitucional decorrente de sua invalidade. Também dependeria da realização, no caso concreto, de juízo de proporcionalidade entre aqueles interesses constitucionais afetados, o que representa o fundamento da decisão de inconstitucionalidade e o que justifica a necessidade de postergar o efeito da nulidade<sup>428</sup>.

Nesse passo, não havendo, a partida, incompatibilidade com o regime de nulidade e

<sup>425</sup> Rui Medeiros entende que a ausência de referência expressa à modulação *pro futuro* não afasta sua possibilidade, até porque admite genericamente que fixe efeitos com alcance mais restrito do que os dos nºs 1 e 2, os quais, além da eficácia retroativa, cessa a eficácia da norma. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora. 1999, p. 729-730.

<sup>426</sup> ALMEIDA, Luís Nunes de *apud* MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 691.

<sup>427</sup> Ver item 3.4.1.

<sup>428</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 729-731.

fundando-se a modulação *pro futuro* em interesse previsto na própria Constituição, possível concluir sua previsão implícita na Constituição brasileira, raciocínio também aplicável no ordenamento português, apesar de sua disciplina explícita aparentemente ser mais restrita.

Paulo Otero, inclusive, aponta o art. 282º, nº 4, da Constituição portuguesa como “afloramento de uma cláusula geral decorrente da preocupação de justiça material do sistema jurídico ou como norma excecional do ordenamento”, uma espécie de “válvula de escape” do sistema<sup>429</sup>, sem ser restrita à modulação pretérita.

Ademais, trata-se da atual realidade dos respectivos Tribunais. O Supremo Tribunal Federal, apesar da pendência das ações diretas de inconstitucionalidade acerca da modulação prevista no art. 27, da Lei nº 9.868/99, desde 2004, tem sistematicamente proferido decisões com efeitos *pro futuro*<sup>430</sup>. O Tribunal Constitucional de Portugal, mais recentemente, em 2012, também passou a proferir decisões dessa natureza<sup>431</sup>. Poder-se-ia, então, imaginar uma possível universalização também da modulação *pro futuro*, assim como se verificou na modulação acerca da limitação da retroatividade, nos regimes de nulidade, e da irretroatividade, nos de anulabilidade.

Por se tratar de medida ainda mais excepcional do que a limitação da retroatividade, será sempre provisória, sob pena de sua perpetuação tornar inócua a decisão de inconstitucionalidade<sup>432</sup>. Nesse ponto, a ausência de previsão expressa no ordenamento do prazo limite não implica que ele não exista<sup>433</sup> e transfere uma responsabilidade ainda maior ao Judiciário no momento de fixar o prazo para diferimento dos efeitos da nulidade da norma inconstitucional.

Ainda como consequência da obrigatória provisoriedade, retoma-se o elemento diferenciador da modulação *pro futuro* das decisões de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, já que nestas, apesar de a norma inconstitucional também não ser expulsa de imediato, há suspensão de sua aplicabilidade até que o legislador sane o vício detectado. Assegura-se, não só a provisoriedade da permanência da norma inconstitucional, até atuação

<sup>429</sup> OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 571 e 575.

<sup>430</sup> STF – Tribunal Pleno - RE 197917, Relator Min. Maurício Correa, j. em 24.03.2004. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. Acesso em 24.04.2013.

<sup>431</sup> TCP – Ac. 353/2012, Rel. Conselheiro João Cura Mariano, j. em 05.07.2012. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>. Acesso: em 18 mai. 2016.

<sup>432</sup> MEDEIROS, Rui. In: MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 850 e MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 731.

<sup>433</sup> MEDEIROS, op. cit., 1999, p. 731.



do legislador, como também impede imediatamente a continuidade de sua aplicação. Eliminar a suspensão da decisão de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade<sup>434</sup> representa torná-la medida excepcional mais gravosa do que a modulação *pro futuro*, diante da possibilidade de persistir indefinidamente<sup>435</sup>, caso o legislador permaneça omissa, o que já ocorreu, como se verá adiante.

Outro fator mais complexo na modulação *pro futuro* em relação à pretérita é a identificação daquele interesse constitucional que justifica a modulação e também parâmetro para definição do prazo. Isso porque, na pretérita, os fatos já foram praticados, o que facilita identificar o interesse constitucional afetado com a destruição dos efeitos praticados sob a égide da norma inconstitucional e a legitimidade da expectativa de sua preservação. Na postergação, essa análise será sobre os efeitos que somente ocorrerão no futuro, além de a segurança jurídica não se confundir com a imutabilidade do direito<sup>436</sup>, embora deva evitar mudanças abruptas<sup>437</sup>.

Assim definido, necessário tentar identificar quais as situações que poderiam ser apontadas como razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social para possibilitar a modulação *pro futuro*.

#### 3.4.3.2 Vazio jurídico ou lacuna jurídica ameaçadora

A principal hipótese a justificar a modulação *pro futuro* é no caso das leis que promovem um ideal constitucional estabelecido por um princípio e que pode ser concretizado

<sup>434</sup> Emílio Meyer, embora contrário, noticia uma superação do entendimento inicial da Corte Constitucional alemã. MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008, p. 134-135. Gilmar Mendes também aponta que, “em determinados casos, a aplicação excepcional da lei inconstitucional traduz exigência do próprio ordenamento constitucional”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1433.

<sup>435</sup> Rui Medeiros é crítico da decisão de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, por não implicar um invalidação por continuar a produzir indefinidamente efeitos no futuro. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 733-734.

<sup>436</sup> OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 542-543.

<sup>437</sup> Ver item 3.2.

de forma gradual<sup>438</sup> ou discriminatória<sup>439</sup>. Isso porque a declaração de inconstitucionalidade com efeitos típicos, paralisação imediata da eficácia e expulsão da norma do ordenamento, é capaz de acarretar uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional, causando uma minimização, “em vez de levar a uma otimização na concretização daquela vontade”<sup>440</sup>. Provocaria um “vazio jurídico”<sup>441</sup> ou “lacuna jurídica ameaçadora”<sup>442</sup>, ao retirar aquele direito de concretização de princípio constitucional, ensejando um “caos jurídico”<sup>443</sup>.

Como ressalta Rui Medeiros, “não havendo possibilidade de lançar mão da interpretação conforme a Constituição ou de uma decisão modificativa, resta ao juiz constitucional a alternativa da fixação de um prazo dentro do qual o legislador deve produzir nova legislação”<sup>444</sup>. Diante do juízo de proporcionalidade, a modulação *pro futuro* só será adotada quando demonstrar, dentre as aptas, a medida menos gravosa, menos restritiva<sup>445</sup>.

Dessa forma, como sugerido na modulação pretérita, a segurança jurídica aparece como filtro para identificação daquele interesse constitucional promovido pela norma viciada, impondo, através dessa sobreposição ou co-incidência, a adoção de uma medida de transição, *vacatio sententia*<sup>446</sup>, até a completa cessação da eficácia daquela norma, isto é, sua expulsão do ordenamento.

Tratando-se de medida excepcional, a Constituição somente suporta como solução provisória<sup>447</sup>. Na Áustria, a própria Constituição estabeleceu o prazo de dezoito meses. A ausência de previsão de prazo, ainda que em norma infraconstitucional, como no Brasil, não significa a possibilidade de perdurar indefinidamente, pois afetaria a primazia da Constituição, ao deixar de ser uma situação de excepcional tolerância em prol de outro interesse constitucional, até se sanar aquele vício, para se transformar numa autorização direta para perdurar a violação detectada.

<sup>438</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 547.

<sup>439</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 726.

<sup>440</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 570 e 598.

<sup>441</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 726.

<sup>442</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 570 e 598.

<sup>443</sup> Idem.

<sup>444</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 726.

<sup>445</sup> Ver item 3.4.

<sup>446</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 725.

<sup>447</sup> MEDEIROS, Rui in MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 850.

Ao tempo em que o prazo pretende assegurar a provisoriedade da modulação *pro futuro*, de forma alguma poderá representar uma obrigatoriedade de esgotá-lo, capaz de blindar a lei inconstitucional da atuação do legislador, suscetível, inclusive, de alteração da conjuntura política, a depender do prazo fixado e do momento eleitoral.

O que se quer demonstrar é que a norma inconstitucional com eficácia diferida não está imune à atuação do legislador, que poderá revogá-la a qualquer momento e, diante da segurança jurídica detectada, instituir nova disciplina sobre aquele direito sem a inconstitucionalidade anterior<sup>448</sup>. Afinal, não se pode atribuir maior valor à norma inconstitucional manipulada para o futuro do que à própria norma constitucional, motivo pelo qual ambas são passíveis da livre atuação do legislador para promover nova disciplina, antecipando a solução do problema da inconstitucionalidade tolerada.

O objetivo do prazo fixado na modulação *pro futuro*, como destacado por Rui Medeiros, nada mais é do que permitir que o legislador aprove, em tempo hábil, uma norma substitutiva conforme com a Constituição e, por isso, representa apenas o prazo máximo de manutenção da norma, sem afetar o dever de o legislador aprovar a nova legislação no mais curto espaço de tempo possível, cuja vigência revogará a viciada<sup>449</sup>.

Em outras palavras, o Judiciário não pode impedir o Legislativo de sanar a inconstitucionalidade reconhecida judicialmente, mas, ao contrário, deve estimular sua atuação para disciplina/conformação futura. Não deixaria de ser uma forma de o Poder Legislativo balancear ou mesmo impedir a atuação do Poder Judiciário, por eliminar a necessidade da adoção da medida excepcional de modulação *pro futuro*.

Ao fazer um apanhado quantitativo dos casos de modulação pelo Tribunal Constitucional de Portugal, entre 1983 e 1997, Rui Medeiros aponta ainda o não conhecimento de pedido de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, quando a norma já tenha sido revogada, sob o fundamento de que eventual controle de constitucionalidade não poderia exceder os efeitos da revogação<sup>450</sup>. No que interessa ao

<sup>448</sup> Carlos Blanco de Moraes, ao defender que a administração e os outros tribunais não estão obrigados a aplicar a norma inconstitucional num determinado sentido, fruto de sentença intermédia, explicita o limite dos efeitos dessa decisão **até “o momento em que o legislador intervenha”** ou a sanção produza efeitos. (negritou-se). MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 293.

<sup>449</sup> Comentário de Rui Medeiros em nota de rodapé nº 938. MEDEIROS, Rui in MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 732.

<sup>450</sup> MEDEIROS, Rui in MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 689.

presente tópico, independe da tolerância desse entendimento com a preservação dos atos pretéritos, pois o que se constata é que, de fato, o Judiciário em nada poderá atuar para o futuro se a norma já tiver sido revogada ao tempo do julgamento.

Algo semelhante se extrai do RE 122.202/MG<sup>451</sup>, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu permanecer íntegra a nova disciplina da matéria por lei revogadora da declarada inconstitucional, bem como, de forma pedagógica, explicitou que, apesar da jurisprudência pela desnecessidade de devolução da vantagem no período de validade inquestionada da lei de origem, não deve ser paga após a declaração de inconstitucionalidade.

Em resumo, mesmo não se constituindo um controle sobre as decisões judiciais, a postura do Legislativo pode contribuir para uma maior ou menor atuação do Judiciário na modulação *pro futuro*, pois, mesmo nos casos em que optar por tal medida excepcional, somente terá eficácia até a nova disciplina legal, após livre conformação do legislador para solucionar o vício já detectado. Assim, a lentidão do legislador em corrigir as inconstitucionalidades detectadas acabará por aumentar os casos de decisões com modulação *pro futuro* e a proliferação destas aumentará ainda mais o dever de atuação do legislador.

Uma rápida atuação do Judiciário, após provocação também célere, pode afastar a necessidade de qualquer tipo de modulação, ainda mais *pro futuro*. Imagine-se uma lei cuja inconstitucionalidade já tenha sido impugnada durante a *vacatio legis*<sup>452</sup>, nenhuma situação estará concretizada se o Judiciário atuar, ainda que cautelarmente, para suspender a eficácia da norma com a posterior estabilização com o julgamento definitivo.

Outro caso em que tem ocorrido a modulação *pro futuro* é quando a declaração de inconstitucionalidade afeta o equilíbrio entre as receitas e despesas orçamentárias, hipótese, inclusive, que justificou o primeiro caso de modulação futura em Portugal e também ocorre no Brasil, com severas críticas dos tributaristas, sob o argumento de que a modulação deve tutelar o indivíduo e não o Estado (nota Ana Ávila até na conclusão).

---

<sup>451</sup> STF – Segunda Turma – RE 122202-6/MG, rel. Min. Francisco Rezek, j. 10.08.1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207468>. Acesso em: 15 abr.2016.

<sup>452</sup> BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *Comentários à Lei n. 9.868/99 – processo do controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 65.

### 3.4.4 Alguns julgados do STF de modulação *pro futuro*

A complexidade ainda maior de definição em abstrato de quando e com que prazo deve haver a modulação *pro futuro*, por depender sempre da análise do juízo de proporcionalidade no caso concreto, recomenda a análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, quanto à identificação das normas constitucionais sobrepostas às razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

#### 3.4.4.1 Primeiro caso: redução do número de Vereadores para legislatura seguinte

Mais uma vez, retoma-se o julgado do RE 197.917-8/SP, em que o Supremo Tribunal Federal efetuou, em 2004, pela primeira vez<sup>453</sup>, inclusive, em controle difuso a modulação *pro futuro*. A norma municipal impugnada estabelecia a quantidade de onze Vereadores para o Município de Mira Estrela, que, na época, possuía menos de três mil habitantes.

Decidiu-se pela inconstitucionalidade da norma municipal, uma vez que o art. 29, inciso IV, da Constituição Federal<sup>454</sup> exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados em suas alíneas<sup>455</sup>.

A decisão implicou uma redução de onze para nove o número de Vereadores no

<sup>453</sup> A primeira ADI 3022 com modulação *in futuro*, citada por Gilmar Mendes, foi posterior ao RE 197917-8/SP, pois julgada em 02.08.2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363282>. Acesso em 25.08.2016. MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 650 e 668-671.

<sup>454</sup> Redação originária e vigente à época do julgamento do RE 197.917-8/SP do art. 29:  
IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:  
a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;  
b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;  
c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes;

<sup>455</sup> A redação do inciso IV, do art. 29, da Constituição Federal foi alterado pela Emenda Constitucional nº 58/09, passando a contar com vinte e quatro alíneas com o número máximo de Vereadores de acordo com novo escalonamento com faixas bem mais reduzidas quanto número de habitantes. Apenas para ilustrar, o limite máximo de nove Vereadores, alínea “a”, agora é para Municípios de até quinze mil habitantes. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 04.04.16.

Município de Mira Estrela. No entanto, modulou-se o efeito da decisão para a legislatura seguinte, respeitando os mandatos dos Vereadores eleitos. Realizou-se um juízo de proporcionalidade com referência expressa ao princípio da segurança jurídica, porque a imediata suspensão da norma traria instabilidade para as decisões anteriores da casa legislativa, como as leis, aprovações de contas, dentre outros, afetando inclusive as eleições, porque teria repercussão no cálculo do quociente eleitoral e partidário.

Não há discussões acerca do julgamento de mérito, inconstitucionalidade da quantidade desproporcional de Vereadores em relação à população. Discute-se, porém, a efetiva necessidade de modulação *pro futuro* em tal caso.

Emílio Meyer é um dos que questiona a medida adotada e sugere que seria o caso de prevalecer o efeito regra, *ex tunc*, proposto pelo relator, sem que isso acarretasse a ausência do órgão legislativo, mas “simplesmente seus mandatários seriam os mais votados entre nove e não entre onze”<sup>456</sup>.

Entretanto, difícil visualizar que o efeito retroativo realmente não afetasse todos os atos praticados, durante anos, até o momento em que efetivamente passasse a funcionar o Poder Legislativo Municipal com nove Vereadores, excluídos os dois menos votados.

Por outro lado, há que se cogitar se o efeito *ex nunc* não seria a melhor medida para solução do caso, pois a insegurança jurídica indicada no acórdão está toda associada a fatos pretéritos, decisões anteriores da casa legislativa, como as leis e aprovações de contas, além do reflexo no quociente eleitoral das eleições já realizadas. Tudo isso permaneceria preservado, havendo a redução de dois Vereadores apenas a partir daquele momento. Ademais, observa-se que não há referência a nenhum outro interesse constitucional que restaria prejudicado com a imediata cessação da eficácia da norma inconstitucional.

Antes de concluir sobre a proposta acima, relembra-se a distinção, já destacada, entre o caso em análise e a decisão apelativa alemã, citada no acórdão, que também envolvia questão eleitoral, pela violação da igualdade diante da ausência de revisão da divisão dos distritos eleitorais, após as alterações demográficas das unidades<sup>457</sup>.

Tratando-se a decisão apelativa propriamente dita de uma sentença de rejeição, o Tribunal Constitucional alemão, em maio de 1963, rejeitou a inconstitucionalidade, por não

<sup>456</sup> MEYER, Emílio Peluso Neder. A decisão no controle de constitucionalidade. São Paulo: Método, 2008, p. 124-125.

<sup>457</sup> Voto Vista do Min. Gilmar Mendes, p. 39-41. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. Acesso em 24.04.2013.

ser possível constatar tal situação na data da promulgação da lei, em 1961, para conclamar o legislador a empreender medidas necessárias à modificação dos distritos eleitorais, para reduzir a discrepância existente para patamares toleráveis, o que foi efetivado em fevereiro de 1964<sup>458</sup>.

Apesar de alcançarem o mesmo resultado, repita-se que, no exemplo alemão, não houve reconhecimento da inconstitucionalidade nem mesmo no momento do julgamento, embora visualizasse a necessidade da revisão dos distritos eleitorais, ao tempo em que, no caso brasileiro, a desproporção já era passível de conhecimento imediato e assim declarada. Consequentemente, ao contrário do caso brasileiro de efetiva inconstitucionalidade atual com eficácia diferida, a justificativa para o efeito futuro, no caso alemão, era a efetiva ausência de inconstitucionalidade naquele momento, embora já se visualizasse que se constataria após a revisão dos distritos eleitorais.

Diante dessas análises, tem-se a certeza apenas da necessidade de preservação dos atos pretéritos, para uma eventual limitação da retroatividade, mas ainda sem uma justificativa precisa para a modulação *pro futuro*, através de um interesse constitucional que pudesse coincidir com a segurança jurídica.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz analisa a modulação *pro futuro* promovida no RE 197917-8/SP e conclui que o Supremo Tribunal Federal andou bem diferir os efeitos da nulidade da lei, “de modo a manter a higidez do processo eleitoral e validar a composição da Câmara Municipal na legislatura que ainda vigorava”<sup>459</sup>. Aponta, porém, que a Corte poderia ter recorrido diretamente à analogia do art. 16, da Constituição Federal, que impõe que as alterações de regras no processo eleitoral observem o prazo de um ano antes do pleito<sup>460</sup>.

Destaca-se um julgado posterior, também sobre questão eleitoral, no RE 637.485/RJ<sup>461</sup>, onde houve mudança da jurisprudência para admitir a reeleição para prefeito apenas uma única vez, não apenas no mesmo município, mas em relação a qualquer outro município da federação, para evitar a figura do denominado “prefeito itinerante” ou do

---

<sup>458</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *O apelo ao legislador (Appellentscheidung) na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã* in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XXXIII. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 282-283.

<sup>459</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MEYER, Emílio Peluso Neder; RODRIGUES, Eder Bomfim. *Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 29-31.

<sup>460</sup> Idem.

<sup>461</sup> STF – Tribunal Pleno – RE 637485/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 1º.08.2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3823598>. Acesso em: 05 mai. 2016.

“prefeito profissional”, assegurando a temporariedade/alternância do exercício do poder, com fundamento no princípio republicano.

Houve modulação futura também para a próxima legislatura, diante da mudança de jurisprudência na interpretação de preceito constitucional e por concluir que a “Constituição também alberga uma norma, ainda que *implícita*, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE”<sup>462</sup>. Ressalta o peculiar caráter normativo dos atos emanados pelo Tribunal Superior Eleitoral para regência do processo eleitoral, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos.

Nesse julgado mais recente, na linha sugerida por Álvaro Ricardo acima referida, houve expressa referência aos interesses constitucionais afetados com a imediata cessação da eficácia da norma que, no caso, até então interpretada de forma que não impedia a participação de candidato na terceira eleição para prefeito, desde que não fosse na mesma cidade.

Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado naquele primeiro caso de modulação *pro futuro*, pois também houve uma mudança de entendimento quanto à efetiva proporcionalidade do número de Vereadores em relação à população e não apenas a obedecer ao limite máximo previsto, sem observância da anterioridade ou anualidade para o pleito eleitoral, com reflexos sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos.

As razões de segurança jurídica seriam, portanto, sobrepostas com o princípio constitucional eleitoral da anterioridade, além dos direitos fundamentais dos cidadãos e partidos políticos para justificar a modulação *pro futuro*.

#### 3.4.4.2 Inconstitucionalidade formal da criação de Municípios

A Constituição Federal estabeleceu, no art. 18, § 4º, após a Emenda Constitucional nº 15/96, que a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, além de outros requisitos, como consulta prévia às populações dos Municípios envolvidos, após estudo de viabilidade Municipal, só poderiam ocorrer no período definido por Lei

<sup>462</sup> Trecho da segunda parte da própria ementa do julgado.



Complementar Federal.

Diante da ausência daquela Lei Complementar Federal, a inconstitucionalidade formal das leis estaduais que criaram ou modificaram Municípios foram sistematicamente impugnadas e declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, nas ADIs, 2.240-7/BA<sup>463</sup>, 3.689-1/PA<sup>464</sup>, 3.489/SC<sup>465</sup>, 3.316-6/MT<sup>466</sup> e 3.682/MT<sup>467</sup>, julgadas nos dias 09 e 10 de maio de 2007.

O caso paradigma foi a ADI 2.40-7/BA, que tratava sobre a criação do Município de Luís Eduardo Magalhães, na Bahia, com uma série de vícios, por não observar a proibição de ser criado em ano eleitoral, pela ausência de Lei Complementar Federal fixando o período para tal criação, pelo plebiscito não ter alcançado a totalidade dos municípios e pela publicação intempestiva dos estudos de viabilidade.

Também caso de criação do Município de Santo Antônio do Leste, no Mato Grosso, na ADI 3.316-6/MT, enquanto as ADIs 3489 e 3689 versavam sobre alterações territoriais decorrentes de desmembramento e incorporação. Já a ADI 3682/MT trata de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, onde foi declarado o estado de mora em que se encontrava o Congresso Nacional e estabeleceu prazo razoável de dezoito meses para cumprir seu dever constitucional, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão.

Quanto à inconstitucionalidade formal das leis estaduais, diante da inexistência da Lei Complementar Federal, quando impugnadas, como se observa do caso paradigma, já tinha ocorrido efetivamente a criação do Município que assumiu existência de fato, com eleição de seus respectivos representantes do Executivo e Legislativo, elaboração de leis, atos administrativos e várias relações jurídicas por ele firmadas. Decidiu-se que o princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município, face o princípio da continuidade do Estado.

Assim, declarou-se a inconstitucionalidade das respectivas leis estadual sem

<sup>463</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 2240/BA. Rel. Min. Eros Grau, j. em 09.05.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>. Acesso em: 27 out. 2013.

<sup>464</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 3689-1/PA. Rel. Min. Eros Grau, j. em 10.05.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469708>. Acesso em: 27 out. 2013.

<sup>465</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 3489-8/SC. Rel. Min. Eros Grau, j. em 09.05.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474624>. Acesso em: 27 out. 2013.

<sup>466</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 3316-6/MT. Rel. Min. Eros Grau, j. em 09.05.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469700>. Acesso em: 27 out. 2013.

<sup>467</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 3682-3/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 09.05.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>. Acesso em: 27 out. 2013.

pronúncia de nulidade, pelo prazo de 24 meses. A fixação desse prazo levou em consideração que já havia decisão daquela Corte no MI nº 725, em que foi determinado que o Congresso Nacional editasse a Lei Complementar Federal referida no § 4º, do art. 18, no prazo de dezoito meses, devendo ainda reconhecer a existência consolidada dos Municípios criados ou modificados.

Duas questões podem ser extraídas desse julgamento. A primeira delas diz respeito à natureza da decisão, considerando as distinções traçadas no capítulo 2<sup>468</sup>. O Supremo Tribunal Federal expressamente declara a norma inconstitucional sem pronúncia de nulidade, ao tempo em que conclama o legislador para suprir sua omissão e editar a Lei Complementar Federal, condição, a partir de 1996, para qualquer criação ou modificação dos Municípios. Considerou-se, neste trabalho, que a decisão apelativa propriamente dita seria apenas a que implique juízo de rejeição de inconstitucionalidade, bem como que o apelo ao legislador pode ocorrer em outros tipos de sentença, sem que isso modifique sua natureza. Trata-se, então, do caso em análise, pois efetivamente foi detectada a inconstitucionalidade atual, apesar de diferir seu efeito para outro momento, a fim de que haja tempo hábil para o legislador, até então omissor, disciplinar a matéria.

A outra questão é referente à efetiva utilidade do apelo judicial ao legislador, como crítica, em 2012, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, por tal decisão ter criado o primeiro “Município putativo” do Brasil e não ter alcançado seu objetivo, uma vez que, apesar do prazo de dois anos, passaram-se cerca de cinco anos e não tinha havido a efetiva disciplina sobre a matéria<sup>469</sup>.

No prazo determinado, de fato, limitou-se o legislador a promulgar uma Emenda Constitucional nº 57/2008, restrita à convalidação de todos os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramentos de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos da respectiva legislação estadual à época<sup>470</sup>. Aliás, comando que também integra o acórdão, quando determinou que o legislador deveria reconhecer a existência consolidada dos Municípios criados ou modificados e, nessa medida, foi atendido.

---

<sup>468</sup> Ver item 2.3.3 e 2.3.4.

<sup>469</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MEYER, Emílio Peluso Neder; RODRIGUES, Eder Bomfim. *Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 38-43.

<sup>470</sup> Emenda Constitucional nº 57, de 18 de dezembro de 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc57.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc57.htm). Acesso em: 30 jan.2015.

O Supremo Tribunal Federal também já teve oportunidade de se manifestar sobre a matéria, em 2014, na ADI 4992/RO<sup>471</sup>, diante da Lei do Estado de Rondônia nº 2.264/2010 que criou o Município de Extrema de Rondônia, posterior inclusive ao período previsto na EC nº 57/2008.

Destaca-se do voto do relator a existência de dezenas de projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, desde 1996, inclusive com aprovação de um deles, vetado, em 2003, pelo Presidente da República<sup>472</sup>. Acrescenta ainda que a modulação *pro futuro* adotada nos casos acima não mais encontra guarida, por entender que a EC nº 57/2008 tornou clara a proibição da criação de novas municipalidades até o advento da Lei Complementar Federal<sup>473</sup>. Finaliza, citando várias ações em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade das leis estaduais instituidoras de novos municípios após a EC nº 15/96<sup>474</sup>, inclusive com a concessão de medida cautelar para suspender a vigência da lei impugnada<sup>475</sup>.

Registra-se que, em agosto de 2014, houve mais um Projeto de Lei sobre a matéria aprovado, mas também vetado integralmente pela Presidente da República<sup>476</sup>, o que, de certa forma, demonstra uma mudança do cenário de omissão do legislador, que dormitava com dezenas de projetos de lei, mas, posteriormente, ao menos dois deles foram aprovados, mas vetadas integralmente pelo Presidente da República sem que tivesse sido derrubado.

Diante desse cenário complexo, o maior risco seria a perpetuação de contínuas modulações *pro futuro* todas as vezes em que o legislador estadual pretendesse criar novos municípios, sem a observância da autorização por Lei Complementar Federal imposta no art. 18, § 4º, da Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional nº 15/96, pois sempre haveria consolidação da situação fática. Se assim ocorresse, de fato, haveria uma inversão da lógica, passando a modulação a ser a regra.

Além da materialização da falta de interesse na autorização da criação de novos municípios, seja pela EC nº 57/2008, seja pelos vetos aos projetos de lei aprovados, numa

<sup>471</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 4992/RO. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 11.09.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7207856>. Acesso em: 10 jun. 2016.

<sup>472</sup> Voto do relator, p. 9 do acórdão.

<sup>473</sup> Voto do relator, p. 9-10 do acórdão.

<sup>474</sup> Voto do relator, p. 10-11 do acórdão.

<sup>475</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 4992 MC/RO. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 26.06.2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5265763>. Acesso em: 10 jun. 2016.

<sup>476</sup> Mensagem nº 250, de 26 de agosto de 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Msg/Vet/VET-250.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Msg/Vet/VET-250.htm). Acesso em: 10 jun. 2016.

comparação do paradigma da Bahia e o julgamento mais recente, observa-se uma atuação mais célere neste último, com a imediata suspensão da Lei impugnada, evitando-se a consolidação de atos que pudessem justificar uma modulação posterior. O decurso de mais de seis anos naquele primeiro caso foi o principal fator a ensejar a modulação dos efeitos, que não existiria se tivesse sido concedida liminar para suspender os efeitos do município então recém-criado.

#### 3.4.4.3 Servidores nomeados para cargos sem concurso público

Outro caso de grande debate sobre a modulação *pro futuro* foi a ADI 3819-2/MG<sup>477</sup>. Declarou-se a inconstitucionalidade da transposição de servidores públicos de outros cargos, assistente jurídico de penitenciária e de analista de justiça, para o de Defensor Público, na recém-criada carreira, por violar a exigência constitucional de aprovação em concurso público para o cargo, que confere concreção ao princípio da isonomia. Promoveu-se a modulação por seis meses, contados da data do julgamento, 24.10.07, a fim de permitir a realização de novo concurso para suprir a necessidade de preenchimento do quadro de Defensores, com a saída de cerca desses cem servidores oriundos de outra carreira.

Desde logo, destaca-se que este acórdão representa uma mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, no ano anterior, julgaram questão semelhante do Estado do Espírito Santo, na ADI 1199-5/ES<sup>478</sup>, por também admitir Defensores Públicos sem concurso, com já tradicional efeito *ex nunc*, a fim de preservar todos os atos praticados pelo ocupante do cargo, no caso, a atuação promovida em inúmeros processos.

No caso de Minas Gerais, suscitou-se que a primeira proposta de adotar o efeito *ex nunc* acarretaria uma situação paradoxal, pois desfalcaria o corpo de Defensores Públicos de tal forma que seria incapaz de atender às necessidades justamente da população mais carente, cujo direito lhe é assegurado constitucionalmente.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz critica tal julgamento, por considerar inaceitável a

<sup>477</sup> STF – Tribunal Pleno - ADI 3819-2/MG. Relator Min. Eros Grau, j. em 24.10.2007. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516783>. Acesso em 15 mai.2013.

<sup>478</sup> STF – Tribunal Pleno - ADI 1199-5/ES. Relator Min. Joaquim Barbosa, j. em 05.04.2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266691>. Acesso em 15 mai. 2013.

predominância de fundamentos consequencialistas e utilitários do Supremo Tribunal Federal, porque o Poder Executivo também ignorou a decisão e não realizou o preenchimento das vagas por concurso público dentro do prazo fixado<sup>479</sup>. Aponta ainda a falha do método, porque o Governador de Minas Gerais exonerou todos os abrangidos na decisão do STF, que ingressaram com mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça mineiro, obtendo êxito em sua manutenção nos quadros administrativos, ainda que não mais no exercício da função de Defensores Públicos, diante da omissão do Supremo sobre a modulação e irredutibilidade de vencimentos<sup>480</sup>.

Antes de finalizar a análise da modulação, observa-se que o resultado da decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais não dependeria diretamente da decisão do Supremo Tribunal Federal. A modulação promovida foi para permanência dos servidores no cargo de Defensor Público por seis meses, de forma que, ultrapassado o prazo, deveriam retornar ao cargo originário e suas respectivas remunerações, não se podendo falar em irredutibilidade dos vencimentos do cargo de Defensor Público ao qual não fazia jus por não ter ingressado de forma regular.

O Supremo Tribunal Federal, em 2016, na Reclamação 16950/MG<sup>481</sup>, decidiu nesse sentido ao cassar definitivamente a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que determinou a reintegração dos Defensores Públicos não concursados, justamente por considerar que tal medida, seis anos após a declaração de inconstitucionalidade das leis mineiras constitui uma afronta à autoridade do Supremo. Houve concessão de medida liminar para suspender os efeitos da decisão de reintegração ainda em dezembro de 2013.

Retomando a questão da modulação, os Ministros discutiram algumas propostas de prazo, como a de vinte e quatro meses<sup>482</sup> e até de trinta a noventa dias<sup>483</sup>, mas fixaram em seis meses, diante da informação de que já havia concurso homologado para nomear em trinta dias<sup>484</sup>.

Os Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa foram contrários à modulação, por

---

<sup>479</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MEYER, Emílio Peluso Neder; RODRIGUES, Eder Bomfim. *Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 43-49.

<sup>480</sup> Idem.

<sup>481</sup> STF – Segunda Turma – RCL 16950/MG. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 01.12.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10013862>. Acesso em: 15 jun.2016.

<sup>482</sup> Manifestações dos Min. Menezes Direito e Min. Marco Aurélio, p. 63 e 70 do acórdão.

<sup>483</sup> Min. Cezar Peluso, p. 125-126 do acórdão.

<sup>484</sup> Min. Eros Grau, p. 109-110 do acórdão.

entender que não era o caso, podendo ser solucionada a questão através de contratação temporária de advogados, medida constitucionalmente prevista, até porque a assistência judiciária é tão necessitada quanto as áreas de saúde e de educação, motivo pelo qual não poderia ter tratamento diferenciado.

A proposta de Álvaro Ricardo de Souza Cruz é na mesma linha dos votos vencidos acima, com eficácia *ex nunc* para garantir a efetividade dos atos praticados pelos servidores e determinar sua imediata exoneração dos cargos<sup>485</sup>.

Na análise do caso mineiro, a modulação *pro futuro* não se demonstra adequada a solucionar o problema, pois seria suficiente a preservação dos atos praticados pelos servidores que ingressaram no cargo de forma inconstitucional, a exemplo do que foi feito no caso similar citado do Espírito Santo, ADI 1199-5/ES<sup>486</sup>, e do Amapá, ADI 1267/AP<sup>487</sup>. Outro precedente, guardada a proporção, na ADI 3022/RS<sup>488</sup>, para não mais permitir que os Defensores Públicos promovessem a defesa de servidores públicos de modo geral, pois esse acréscimo de atribuição tende a desvirtuar o direito fundamental específico para a democratização do acesso à justiça.

Não parece suficiente a justificativa de que não modularam naqueles outros casos porque não houve a informação do risco ao serviço público, pois a contratação temporária poderia solucionar, senão todos, mas a grande maioria dos casos, como o dos Defensores de Minas Gerais. Como ressaltado pelos ministros vencidos, a carência de pessoal não se trata de exclusividade da Defensoria Pública e tal justificativa transformaria em regra a medida excepcional de modulação *pro futuro*, capaz de estimular mais provimentos de cargos sem o concurso público, com violação à isonomia e impessoalidade, na expectativa da convalidação, ainda que temporária, pelo julgamento posterior.

Essa preocupação realmente procede, pois há registros mais recentes de modulação para outros cargos, apesar de o Supremo Tribunal Federal já não mais admitir a modulação para os casos em que já havia concurso em andamento, conforme ADI 4876/MG<sup>489</sup>. Esse

<sup>485</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MEYER, Emílio Peluso Neder; RODRIGUES, Eder Bomfim. *Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 43-49.

<sup>486</sup> STF – Tribunal Pleno - ADI 1199-5/ES. Relator Min. Joaquim Barbosa, j. em 05.04.2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266691>. Acesso em 15 mai.2013.

<sup>487</sup> STF – Tribunal Pleno - ADI 1267-3/AP. Relator Min. Eros Grau, j. em 30.09.2004. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385465>. Acesso em 15 mai. 2013.

<sup>488</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 3022/RS. Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 02.08.2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363282>. Acesso em: 27 out.2013.

<sup>489</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 4876/MG. Relator Min. Dias Toffli, j. em 26.03.2014. Disponível em

mesmo julgado, envolvendo profissionais de educação em Minas Gerais, na ADI 4876/MG<sup>490</sup>, modulou a declaração de inconstitucionalidade para os cargos que não tinham concurso em andamento, fixando inicialmente prazo de doze meses contados da publicação da ata do julgamento, que terminaria em abril de 2015, mas foi estendido, nos embargos de declaração<sup>491</sup>, para o final de dezembro de 2015, diante da complexidade fática para substituição de cerca de oitenta mil servidores na educação básica).

Nas ADIs 4125/TO<sup>492</sup> e 3609/AC<sup>493</sup>, em 2010 e 2014, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de leis que criaram, respectivamente, trinta e cinco mil cargos comissionados no Tocantins e onze mil contratados sem concurso no Acre, ambas moduladas por doze meses para substituição por servidores concursados.

---

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6272695>. Acesso em 10 jan. 2016.

<sup>490</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 4876/MG. Relator Min. Dias Toffli, j. em 26.03.2014. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6272695>. Acesso em 10 jan. 2016.

<sup>491</sup> STF – Tribunal Pleno – ED na ADI 4876/MG. Relator Min. Dias Toffli, j. em 20.05.2015. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9150849>. Acesso em 10 jan. 2016.

<sup>492</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 4125/TO. Relator Min. Cármen Lúcia, j. em 10.06.2010. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618980>. Acesso em 10 jan. 2016.

<sup>493</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 3609/AC. Relator Min. Dias Toffoli, j. em 05.02.2014. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7026115>. Acesso em 10 jan. 2016.

## IV EFEITOS PRÁTICOS DA MODULAÇÃO PRO FUTURO DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### 4.1 Juízo de inconstitucionalidade: pressuposto para modulação

Independentemente da discussão sobre a legitimidade da atuação do Poder Judiciário para modular/manipular os efeitos para o futuro da decisão de inconstitucionalidade, é certo que o Supremo Tribunal Federal, desde 2004<sup>494</sup>, tem produzido farta jurisprudência com modulação *pro futuro*. Por isso, necessário tentar ordenar e sistematizar alguns temas, bem como analisar alguns julgados para identificar efeitos práticos para atividade judicante.

O primeiro ponto a se ressaltar é que somente a sentença de acolhimento é passível de modulação, pretérita ou *pro futuro*, como sua própria designação sugere, modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. A disciplina do art. 27, da Lei nº 9.868/99 é explícita: “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo”. Consequentemente, não se aplica às sentenças de rejeição da inconstitucionalidade, pois esta ratifica a presunção de constitucionalidade da norma desde o início de sua vigência.

Essa premissa ganha maior relevo, no ordenamento brasileiro, desde quando o questionamento da inconstitucionalidade de uma norma não está limitado aos juízos de inconstitucionalidade e de não inconstitucionalidade. Admite-se expressamente a sentença de constitucionalidade: pela procedência da ação direta de constitucionalidade (art. 102, I, a, da CF/88, inserido pela EC 3/93, alterado pela EC 45/04 e disciplinada pela Lei nº 9.868/99)<sup>495</sup>; ou pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade (arts. 23 e 24, da Lei nº 9.868/99). As ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e de constitucionalidade (ADC) são tratadas como ações de natureza dúplice, nas palavras de Oswaldo Palu, “faces da mesma moeda, verso e reverso”<sup>496</sup>.

<sup>494</sup> O primeiro caso se deu em sede de controle difuso. STF – Tribunal Pleno - RE 197917, Relator Min. Maurício Correa, j. em 24.03.2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. Acesso em: 24 abr. 2013.

<sup>495</sup> Trata-se de ação que possibilita aos legitimados, perante o STF, em controle concentrado, a defesa da presunção de constitucionalidade da norma promulgada, através do combate à controvérsia judicial decorrente de generalizadas decisões de inconstitucionalidade no controle difuso. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 489-490.

<sup>496</sup> PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 152.



No entanto, essa peculiaridade do juízo de constitucionalidade em nada afeta a presunção de constitucionalidade das normas, existente desde o início de sua vigência. Na verdade, a questão é inversa, pois a própria presunção de constitucionalidade é que pode indicar, em determinados casos, a necessidade de preservar os atos praticados enquanto aquela não for afastada, através do reconhecimento judicial da inconstitucionalidade da norma.

Eventual modulação da sentença de rejeição da inconstitucionalidade implicaria o reconhecimento de que a norma era inconstitucional, motivo que a expulsaria do ordenamento, mas seria ressuscitada com o reconhecimento de sua constitucionalidade em momento posterior ao início de sua vigência.

Alimentar expectativas ou produzir atos apostando na inversão da presunção de inconstitucionalidade, como ressalta Luis Clóvis Rocha Júnior, “é sobrepor a pretensão subjetiva de invalidade (sentimento pessoal ou pretensão argumentativa) ao campo da validade intersubjetiva ou objetiva”<sup>497</sup>. Representaria algo inverso às decisões apelativas alemãs, também lá designadas de “norma constitucional em trânsito para inconstitucionalidade” e, na Itália, “norma ainda constitucional”.

Assim, não é possível cogitar a modulação da decisão de constitucionalidade ou de não inconstitucionalidade, sob pena de criar uma inusitada “decisão de inconstitucionalidade em trânsito para constitucionalidade”.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre essa questão, conforme se observa, em 2006, nos embargos de declaração na ADI 1040-9<sup>498</sup>. Questionava-se, na ADI 1040, a inconstitucionalidade da exigência do requisito de um biênio na condição de Bacharel em Direito para inscrição em concurso público para ingresso nas carreiras do Ministério Público da União (art. 187, da LC nº 75/93), por entender que ofendia os arts. 5º, I, XIII e 37, I, da CF.

A ADI 1040 foi julgada improcedente por não haver “ofensa ao princípio da razoabilidade, pois, ao contrário de se afastar dos parâmetros da maturidade pessoal e profissional a que objetivam a norma, adota critério objetivo que a ambos atende”<sup>499</sup>. No que interessa ao presente tópico, o Procurador Geral da República requereu, com base no art. 27, da Lei nº 9.868/99, a modulação dos efeitos daquela decisão para só valer para os concursos

<sup>497</sup> ROCHA JÚNIOR, Luís Clóvis Machado da. *A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014. p. 186.

<sup>498</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 1040 ED, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 31.05.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=352150>. Acesso em: 08 dez. 2015.

<sup>499</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 1040, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 31.05.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266641>. Acesso em: 08 dez. 2015.

públicos a ingresso nos quadros do Ministério Público da União, que serão abertos, a partir da decisão.

A Ministra relatora ressaltou que a pretensão era, na verdade, em sede de controle concentrado, de “declaração da constitucionalidade da norma com efeitos *ex nunc*”, em “completa inversão da presunção de constitucionalidade das leis”<sup>500</sup>. Acrescenta que a medida cautelar foi indeferida um dia após o ajuizamento da ação, de forma que a presunção de constitucionalidade da lei foi confirmada no julgamento da cautelar e, ao final, ratificada com o julgamento definitivo. Os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio destacaram a impossibilidade de se cogitar tal discussão, em que se pretende “algo nunca antes proclamado pela Corte”<sup>501</sup>.

Em 2007, o Ministro Marco Aurélio, no RE 353.657<sup>502</sup>, voltou a se manifestar pelo pressuposto da existência de uma declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo para que haja modulação de seus efeitos<sup>503</sup>. Ressalta que, naquele caso, não ocorreu tal declaração, em momento algum, até porque inexistia, no ordenamento jurídico, o direito ao creditamento, pela alíquota final, de valor que o contribuinte não recolheu a título de imposto sobre produtos industrializados em operação anterior isenta, não tributada ou sujeita à alíquota zero. Afirma ainda que a decisão do Plenário da Corte sobre a inexistência do direito ao crédito decorreu da interpretação conferida ao princípio da não-cumulatividade do IPI (art. 153, §3º, II, da Constituição Federal), que a União sempre apontou como infringido.

Trata-se de julgado com uma complexidade maior, por se tratar de controle difuso, relativo a cinco recursos extraordinários, três deles já julgados, em 1998 e 2002, mas com embargos de declaração pendentes e significativa mudança de composição do Tribunal, todos discutindo a possibilidade de creditamento do valor do IPI de valor não recolhido, seja pela isenção, não tributação ou pela alíquota zero.

No tocante ao presente tópico, resta consignar que se decidiu pelo descabimento da modulação, rejeitando-se a proposta de efeito *ex nunc* do Ministro Ricardo Lewandowski, diante dos julgados anteriores do Supremo Tribunal Federal.

Dentre os demais votos pela premissa do juízo de inconstitucionalidade para

<sup>500</sup> Voto da Ministra Relatora Ellen Gracie, p. 5 do acórdão.

<sup>501</sup> Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 9 do acórdão.

<sup>502</sup> STF – Tribunal Pleno – RE 353657/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513677>. Acesso em: 18 ago. 2016.

<sup>503</sup> Voto do Ministro Relator Marco Aurélio, p. 204-209 do acórdão.

modulação<sup>504</sup>, o Ministro Eros Grau comenta que o art. 27 “visa a minimizar eventuais efeitos perniciosos decorrentes da retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade” e afirma que “declarações de constitucionalidade não geram efeitos perniciosos ao operarem retroativamente”<sup>505</sup>.

Manteve-se, em 2009, nos Emb. Decl. nos Emb. Decl. no Ag. Reg. no RE 402.098-0/MG<sup>506</sup>, o mesmo entendimento ao rejeitar pedido de modulação *ex nunc* quando houver declaração de constitucionalidade.

O pressuposto do juízo de acolhimento da inconstitucionalidade para a modulação de seus efeitos representa um elemento importante na aplicação da técnica decisória, como visto nos julgados acima, além de diferenciá-la de outras sentenças intermédias, em especial, as fronteiriças, como as apelativas, em que há juízo de rejeição da inconstitucionalidade<sup>507</sup>.

#### 4.2 Sistema bifásico: inconstitucionalidade e modulação

Estabelecida a premissa do juízo de inconstitucionalidade, observa-se que a modulação dos efeitos daquela decisão somente ocorrerá num segundo momento, de forma que representa um juízo posterior àquele. Trata-se de um modelo bifásico, com juízos sucessivos de inconstitucionalidade e de modulação.

Precisa-se, então, verificar se deve obrigatoriamente haver esse duplo juízo de inconstitucionalidade e modulação em todos os processos que suscitem a inconstitucionalidade de uma norma e o que ocorre em eventual silêncio da decisão sobre seus efeitos.

O ordenamento brasileiro adotou o regime da nulidade da norma inconstitucional com o efeito regra da retroatividade, enquanto a modulação representa medida excepcional, mediante constatação, no caso concreto, das hipóteses específicas de razões de segurança

<sup>504</sup> Assim também se pronunciou a Min. Cármen Lúcia, Min. Joaquim Barbosa, Min. Carlos Britto, respectivamente p. 212, p. 222-226, p. 232-233 do acórdão. O Min. Gilmar Mendes também votou pela rejeição da modulação, mas por não haver situação consolidada sobre a matéria no STF e, se houvesse, votaria a favor ainda que cuidasse de mera interpretação constitucional, p. 248-251 do acórdão.

<sup>505</sup> Voto do Min. Eros Grau, p. 213 do acórdão.

<sup>506</sup> STF – Segunda Turma – RE 402098 AgR-ED-ED/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 31.03.2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=590446>. Acesso em: 18 jul. 2016.

<sup>507</sup> Sobre as sentenças apelativas, ver item 2.3.4.

jurídica e excepcional interesse social, após o juízo de proporcionalidade.

Tratando-se de medida excepcional, a modulação dependerá de provocação da parte ou poderá ser suscitada por um dos Ministros, a exemplo do que ocorreu na ADI 3819-2/MG<sup>508</sup> e no RE 353657/PR<sup>509</sup>. Só assim, haverá necessidade do juízo de modulação sucessivo ao de inconstitucionalidade.

Caso contrário, haverá exclusivamente o juízo de acolhimento da inconstitucionalidade, dotado do efeito regra da retroatividade ainda que não haja referência expressa nesse sentido no Acórdão. A modulação somente ocorrerá se houver expressa manifestação nesse sentido, como se observa nos AReg no RE 392129<sup>510</sup> e Areg no RE 392139<sup>511</sup>.

No Brasil, portanto, não se aplica o entendimento de Rui Medeiros de que o silêncio do Tribunal não implica “julgamento implícito sobre a admissibilidade ou não da limitação dos efeitos da declaração”<sup>512</sup> de inconstitucionalidade, até porque a modulação exige quórum diferenciado, como se verá adiante.

#### **4.3 Quóruns diferenciados: votações independentes; ausências e suspensão do julgamento**

Há previsão de quóruns distintos para esse modelo bifásico de juízos sucessivos. Exigem-se seis votos para a declaração de inconstitucionalidade, maioria absoluta (art. 97, da Constituição; art. 23, da Lei nº 9.868/99 e art. 173, do RISTF), enquanto que a modulação somente é possível com oito votos nesse sentido, dois terços, conforme art. 27, da Lei nº

<sup>508</sup> STF – Tribunal Pleno - ADI 3819-2/MG. Relator Min. Eros Grau, j. em 24.10.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516783>. Acesso em: 15 maio 2013.

<sup>509</sup> STF – Tribunal Pleno – RE 353657/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513677>. Acesso em: 18 jul. 2016.

<sup>510</sup> STF – Primeira Turma – AReg no RE 392129, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12.04.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=381015>. Acesso em: 08 nov. 2013.

<sup>511</sup> STF – Primeira Turma – AReg no RE 392139 Rel Relator: Min. EROS GRAU, julgado em 12.04.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=381020>. Acesso em: 08 nov. 2013.

<sup>512</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora. 1999, p. 738-739.

9.868/99.

A diferenciação dos quóruns, num sistema bifásico de juízos sucessivos, implica que, ultrapassado o primeiro, ainda que por maioria, todos os Ministros podem votar na segunda fase. Se assim não fosse, eliminar-se-ia a possibilidade de modulação todas as vezes que a declaração de inconstitucionalidade não atingisse o quórum qualificado de oito votos, exigido apenas para a segunda fase (art. 27, da Lei nº 9.868/99) e superior ao previsto no art. 97, da Constituição. Por certo, não há fundamento para norma infraconstitucional elevar o quórum para declaração de inconstitucionalidade estabelecido na própria Constituição.

Um exemplo da distinção entre o juízo sobre a declaração de inconstitucionalidade e de modulação está na ADI 3819-2/MG<sup>513</sup>, onde, primeiro, deliberou-se sobre a inconstitucionalidade e, posteriormente, acerca da modulação, inclusive com debates ainda mais prolongados nessa segunda etapa.

Além do voto do Ministro Gilmar Mendes sobre o modelo bifásico<sup>514</sup>, o Ministro Marco Aurélio também mencionou a existência de duas fases e a possibilidade de todos votarem na segunda, sob pena de uma votação de seis a cinco quanto à inconstitucionalidade inviabilizar a aplicação do art. 27, se contar apenas com os que concluíram pela pecha<sup>515</sup>.

O HC 82.959<sup>516</sup> é constantemente citado como um típico exemplo de votação com número maior na segunda fase, uma vez que a inconstitucionalidade foi incidentalmente declarada com quórum mínimo, por seis votos a cinco contrários, enquanto a modulação foi aprovada à unanimidade.

Atente-se ainda para o fato de que o quórum da sessão do Plenário para votação de matéria constitucional é de oito Ministros (art. 143, parágrafo único, do RISTF)<sup>517</sup>, ou seja, o mesmo para modulação, de forma que, com o quórum mínimo para sessão, aquela dependeria da unanimidade. Por outro lado, essa questão tem gerado certa controvérsia no Supremo Tribunal Federal, quando há Ministros ausentes e não se obtêm os oito votos, com resultados

<sup>513</sup> STF – Tribunal Pleno - ADI 3819-2/MG. Relator Min. Eros Grau, j. em 24.10.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516783>. Acesso em: 15 maio 2013.

<sup>514</sup> Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 141 do acórdão.

<sup>515</sup> Voto do Min. Marco Aurélio, p. 147 do acórdão. STF – Tribunal Pleno - ADI 3819-2/MG. Relator Min. Eros Grau, j. em 24.10.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516783>. Acesso em: 15 maio 2013.

<sup>516</sup> STF – Tribunal Pleno – HC 82959/. Relator Min. Marco Aurélio, j. em 23.02.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 24 abr. 2013.

<sup>517</sup> Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

aparentemente distintos, em datas próximas, como se vê nas ADIs 4.171/DF<sup>518</sup> e 2949 QO/MG<sup>519</sup>.

Na ADI 4171/DF, em 05.03.2015, após o placar de sete votos favoráveis à modulação por seis meses, contra um voto para não modular, houve a suspensão do julgamento para colher o voto da Ministra Carmen Lúcia, ausente ocasionalmente, pois seu voto poderia definir a questão. Retomado o julgamento, a Ministra Carmen Lúcia votou pela modulação, apesar de vencida no juízo de inconstitucionalidade, por julgá-la improcedente, atingindo-se o quórum de dois terços.

Registre-se que o Ministro Marco Aurélio restou vencido, diante do consenso dos demais Ministros, na questão de ordem quanto à possibilidade de adiamento para aguardar a manifestação da Ministra ausente. O Ministro Marco Aurélio sustentava que havia quórum regimental para votação, totalizando sete votos pela modulação contra o dele para não modular, além do impedimento do Ministro Dias Toffoli, para que se reconhecesse o resultado pela não modulação<sup>520</sup>.

O Ministro Gilmar Mendes<sup>521</sup> sustentou que essa é uma velha doutrina adotada pelo Tribunal quanto ao quórum para declaração de inconstitucionalidade, de maioria absoluta, prevista no Regimento Interno, no CPC e remonta à Constituição de 1934. Justificou a necessidade da suspensão com base no art. 173, parágrafo único, do RISTF, que prevê:

Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes até que se atinja o *quorum*<sup>522</sup>.

Ainda houve debate do Ministro Marco Aurélio, por não ser o caso de aplicação daquela norma, pois havia quórum para votação e o resultado foi insuficiente para determinar a modulação<sup>523</sup>.

Na verdade, essa mesma medida de suspender o julgamento para colher os votos de

<sup>518</sup> STF – Tribunal Pleno - ADI 4171/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. do Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20.05.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9194087>. Acesso em: 08 dez. 2015.

<sup>519</sup> STF – Tribunal Pleno - ADI 2949 QO/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 08.04.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630138>. Acesso em: 08 dez. 2015.

<sup>520</sup> Debates, p. 57-62 do acórdão.

<sup>521</sup> Voto do Min. Gilmar Mendes, nos debates, p. 57-62 do acórdão.

<sup>522</sup> Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>523</sup> Debates, p. 57-62 do acórdão.

Ministros ausentes, quando há possibilidade de influir no resultado da modulação, já tinha sido adotada, em outras oportunidades, em 2010, cuja votação posterior levou à modulação, na ADI 3601/DF<sup>524</sup> e, em 2014, cuja votação posterior acarretou a rejeição da modulação, nas ADIs 4947/DF<sup>525</sup>, 4965/PB<sup>526</sup>, 5020<sup>527</sup> e 5028<sup>528</sup>.

No mês seguinte ao julgamento da ADI 4.171/DF, em 08.04.2015, ao concluir a apreciação da questão de ordem, ADI 2949 QO/MG<sup>529</sup>, o Supremo Tribunal Federal travou um debate maior e decidiu pela impossibilidade de reabertura do julgamento na sessão subsequente à da proclamação do resultado.

No julgamento originário da ADI 2949/MG, ausente o Ministro Eros Grau, declarou-se por unanimidade a norma impugnada, mas deixou de conferir efeitos prospectivos, por não atingir o número de votos necessários, no caso, foram sete votos favoráveis e três contrários à modulação.

Apesar da semelhança com a ADI 4.171/DF<sup>530</sup>, por também contar com sete votos favoráveis à modulação, três contrários e um ausente, que poderia modificar os efeitos da decisão, se acompanhasse aquela maioria, a proposta para prosseguir o julgamento para colher o voto do Ministro Eros Grau somente ocorreu, através de questão de ordem apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes, no dia seguinte à proclamação daquele resultado, 27.09.2007.

O julgamento da questão de ordem (ADI 2949 QO/MG) somente se encerrou em 08.04.2015, com composição semelhante à que decidiu a ADI 4.171/DF<sup>531</sup>, com justificativa

<sup>524</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 3601 ED, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 09.09.2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617937>. Acesso em: 24 ago. 2016.

<sup>525</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 4947/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 01.07.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081176>. Acesso em: 15 fev. 2016.

<sup>526</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 4965/PB, Rel. Min. Rosa Weber, j. em 01.07.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081174>. Acesso em: 15 fev. 2016.

<sup>527</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 5020/PI, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. do Acórdão Min. Rosa Weber, j. em 01.07.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7086983>. Acesso em: 15 fev. 2016.

<sup>528</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 5028/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. do Acórdão Min. Rosa Weber, j. em 01.07.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081173>. Acesso em: 15 fev. 2016.

<sup>529</sup> STF – Tribunal Pleno - ADI 2949 QO/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rel. do Acórdão Min. Marco Aurélio, j. em 08.04.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630138>. Acesso em: 08 dez. 2015.

<sup>530</sup> STF – Tribunal Pleno - ADI 4.171/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. do Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20.05.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9194087>. Acesso em: 08 dez. 2015.

<sup>531</sup> STF – Tribunal Pleno - ADI 4.171/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. do Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20.05.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9194087>. Acesso em: 08 dez. 2015.

de vários Ministros, como Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso, da distinção do caso por já ter havido a proclamação do julgamento<sup>532</sup>.

O Ministro Marco Aurélio manteve-se fiel à impossibilidade de suspender o julgamento, quando há número suficiente para deliberar sobre a modulação, enquanto os Ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki sustentam tal possibilidade, ainda que em momento posterior à proclamação do resultado.

Embora os resultados tenham sido diversos, o conflito entre a ADI 4171/DF e a ADI 2949 QO/MG é aparente, pois aqueles decorreram da peculiaridade de somente ter sido suscitada a questão de ordem acerca da suspensão do julgamento, após sua promulgação.

Com isso, pode-se concluir que, na atual composição, a maioria dos Ministros continua admitindo a possibilidade de suspensão do julgamento, quando houver ausentes na sessão que possam influir no juízo de modulação, desde que se suscite a questão antes de encerrado o julgamento com a proclamação do resultado, seja através de indagação na tribuna, seja questão de ordem suscitada por algum dos Ministros ou mesmo oposição de embargos de declaração. Aliás, estabelecido tal parâmetro, pouco provável que, declarada a inconstitucionalidade e visualizando a necessidade de modulação, não seja suscitada a questão de ordem pelos Ministros nem haja provocação da parte.

Situação inversa ocorre se alcançados quatro votos contrários à modulação, pois, independentemente das ausências, já se sabe que não será possível alcançar os oito votos do quórum exigido para modulação, motivo pelo qual deverá ser encerrado o julgamento com a proclamação do resultado.

Na ADI 4650<sup>533</sup>, antes mesmo de finalizar a votação acerca da modulação, houve a saída do Ministro Gilmar Mendes, o que reduziu o quórum para o mínimo, oito ministros. Entretanto, considerando que já havia votos contrários à modulação dos Ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux (relator) e Marco Aurélio, o Presidente também votou nesse sentido, o que tornou inviável a possibilidade de alcançar o quórum para modulação, pois restavam apenas sete votos, bem como desnecessária continuar o julgamento em nova sessão.

---

<sup>532</sup> Votos dos Ministros indicados, em especial, p. 8-9, 16-17, 46-50, 56-57 e 64 do acórdão.

<sup>533</sup> STF – Tribunal Pleno - ADI 4650. Relator Min. Luiz Fux, j. em 17.09.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 08 dez. 2015.



#### 4.4 Divisão dos julgamentos – lapso temporal entre as sessões

Diante da existência de um sistema bifásico, com juízo sucessivo de inconstitucionalidade e de modulação, com quóruns diferenciados, necessário analisar as consequências de quando há eventual divisão do julgamento, em sessões distintas, em especial com longo lapso temporal entre elas, no tocante à sucessão de Ministros e, principalmente, acerca da fixação do momento em que ocorrerá a cessação ou paralisação da eficácia da norma declarada inconstitucional.

##### 4.4.1 Mudança na composição do Tribunal

Um julgamento simples, de acolhimento ou de rejeição, pode perdurar por mais de uma sessão, prolongando-se por semanas, meses ou anos até sua conclusão, com possíveis e inevitáveis reflexos na presença dos Ministros e composição do Supremo Tribunal Federal, inclusive com mudanças de votos proferidos após os debates. Certo, porém, que, proferido o voto pelo Ministro que posteriormente deixa o Tribunal, seu sucessor não votará novamente a questão.

Esse cenário adquire uma peculiaridade, quando se trata de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, já que o julgamento ocorre em duas etapas, de forma que é possível que a mudança da composição ocorra exatamente entre a primeira e a segunda fase, o que viabilizaria a participação do sucessor no juízo posterior acerca da modulação.

O julgamento da ADI 4650<sup>534</sup>, que declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, teve início em 11.12.2013, retomado nos dias 12.12.2013, 02.04.2014 e 16.09.2015 e foi concluído em 17.09.2015. No decorrer do julgamento, alguns Ministros votaram pela inconstitucionalidade, mas se reservaram para votar acerca da modulação em momento posterior à efetiva decisão de inconstitucionalidade por seis Ministros.

---

<sup>534</sup> STF – Tribunal Pleno - ADI 4.650. Relator Min. Luiz Fux, j. em 17.09.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 08 dez. 2015.

O Ministro Joaquim Barbosa antecipou o voto pela inconstitucionalidade, mas sem modulação *pro futuro*, pois a ação foi ajuizada em 2011, de forma que o Congresso já poderia ter regulado a matéria em tempo hábil, bem como porque, em casos anteriores, como o do Fundo de Participação dos Estados, o Congresso simplesmente ignorou a recomendação do Judiciário<sup>535</sup>.

O Ministro Edson Fachin sucedeu o Ministro Joaquim Barbosa. Quando do juízo de modulação, o Ministro Relator retificou seu voto para ter eficácia *ex nunc* a partir do julgamento, por causa do princípio da anualidade no processo eleitoral (art. 16, da Constituição)<sup>536</sup>.

Diante da reformulação do voto do relator, o Presidente chegou a suscitar a possibilidade de o Ministro Edson Fachin participar da votação no juízo de modulação. Todavia, após manifestação do Ministro Marco Aurélio no sentido de que o Ministro Joaquim Barbosa, certo ou errado, já tinha se pronunciado contrário à modulação<sup>537</sup>, prevaleceu a impossibilidade de votação pelo sucessor. (

Caso o Ministro Joaquim Barbosa ainda estivesse compondo o Supremo, até poderia mudar de entendimento, se assim se convencesse após a reformulação do voto do Relator. Por outro lado, uma vez exposto seu voto e deixando o Tribunal, aquele será imutável, por impedir a atuação de seu sucessor. No caso acima (ADI 4650), se não tivesse havido a antecipação do voto pelo Ministro Joaquim Barbosa, o Ministro Edson Fachin poderia participar da segunda fase para deliberar acerca da modulação dos efeitos da inconstitucionalidade.

Outra não foi a posição adotada na ADI 4171<sup>538</sup>, na qual a Ministra Ellen Gracie já havia, em 03.08.11, votado favorável à modulação *pro futuro* por seis meses, motivo pelo qual ficou impedida de votar, na sessão de 05.03.2015, sua sucessora, Ministra Rosa Weber.

Em resumo, encerrada a primeira fase sobre a decisão de inconstitucionalidade, se houve voto, antecipado ou não, do Ministro acerca da modulação não será possível a participação (novo voto) de seu sucessor, mesmo que tenham decorrido dois ou quatro anos, como nos casos acima, e até surgido, nesse período, novas teses acerca das propostas de

<sup>535</sup> Voto do Min. Joaquim Barbosa, p. 62-66 do acórdão.

<sup>536</sup> Voto do relator, p. 340 do acórdão.

<sup>537</sup> Debates sobre a modulação, p. 344 do acórdão.

<sup>538</sup> STF – Tribunal Pleno - ADI 4.171/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. do acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20.05.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9194087>. Acesso em: 08 dez. 2015.

modulação. Em contrapartida, quando o voto tiver sido apenas acerca do juízo de inconstitucionalidade, haverá possibilidade de o sucessor votar na segunda fase, juízo de modulação.

Eventual ausência de Ministro, na segunda etapa, como visto no tópico anterior, possibilitará a suspensão do julgamento, se puder influir no resultado, quando não se obtiverem oito votos favoráveis à modulação nem o mínimo de quatro votos contrários<sup>539</sup>.

#### 4.4.2 Paradigma da decisão de inconstitucionalidade e o efeito *ex nunc* a partir do juízo de modulação: modulação pretérita ou modulação *pro futuro* retroativa?

A divisão dos julgamentos sobre a inconstitucionalidade e a modulação, em sessões distintas e com decurso de grande lapso temporal entre essas etapas, a exemplo dos julgados acima com intervalos de cerca de dois e quatro anos, suscita um questionamento relevante para a segurança jurídica.

Encerrada a primeira fase, resta consolidada a declaração de inconstitucionalidade, proclamada, no mínimo, pela maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal, que teria, em regra, efeito *ex tunc*. Todavia, na segunda fase, é possível que dois terços dos Ministros afastem aquele efeito regra da retroatividade e/ou até mesmo posterguem o início do efeito paralisante, o que permitirá a aplicação, por um determinado período, da lei já declarada inconstitucional.

Se o julgamento das duas etapas ocorrer na mesma sessão ou num intervalo curto de tempo, não suscitaria maiores questionamentos, pois logo seria conhecido o efeito da inconstitucionalidade anteriormente reconhecida. Contudo, a necessidade de discussão sobre o mérito, assegurado o direito de vista, além de outros fatores que interferem no desenvolvimento do julgamento, como excesso de feitos para inclusão em pauta e ausências motivadas, inviabilizam a certeza de que as duas fases serão julgadas na mesma sessão ou com intervalos próximos.

A questão que se coloca aqui diz respeito em saber qual a determinação prevalecente quando há um intervalo significativo entre a declaração de inconstitucionalidade e a decisão

<sup>539</sup> Ver item 4.2.1.

pela modulação dos efeitos. Em outras palavras, como os cidadãos e a própria Administração devem orientar suas condutas nesse íterim? Devem ajustá-la para não mais cumprir aquela norma declarada inconstitucional ou continuarão a aplicá-la regularmente até que haja o pronunciamento definitivo sobre a modulação?

Num primeiro raciocínio, seguindo a lógica comum aos casos *sub judice*, responder-se-ia que não houve o julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual permanecerá válida a norma e deverá ser observada, salvo prévia concessão de medida cautelar em sentido contrário, apesar de proclamada sua inconstitucionalidade.

No entanto a divisão, por um longo período, entre os juízos sucessivos no modelo bifásico parece ser um pouco mais complexa do que a pendência de um julgamento simples, “monofásico”, pois, neste caso, não há uma posição definitiva sobre a questão de mérito, ou seja, a inconstitucionalidade poderá ser ou não reconhecida ao final. Já a modulação pressupõe a certeza, a decisão definitiva de inconstitucionalidade, de modo que a pendência será exclusivamente acerca dos efeitos, *ex tunc*, *ex nunc* ou outro momento, pretérito ou futuro, a ser fixado pelo Tribunal.

Tem-se, então, a certeza de que a norma é inconstitucional, questão imutável, mesmo sem ter havido o trânsito em julgado, diante da pendência da segunda fase, o que poderia induzir à desnecessidade de manter sua observância a partir da declaração de inconstitucionalidade.

Por outro lado, a imutabilidade da decisão de acolhimento da inconstitucionalidade não é suficiente para impedir de forma absoluta sua aplicação futura, caso haja modulação nesse sentido (*pro futuro*) na segunda etapa. Tal medida excepcional acaba por afetar o efeito de paralisação ou cessação da eficácia da norma, ao permitir sua aplicabilidade apesar de já reconhecida judicialmente como inconstitucional.

Aliás, não se pode creditar à modulação *pro futuro* a única possibilidade de interferir na aplicação da norma após a decisão de inconstitucionalidade na primeira fase do julgamento. Isso porque há casos em que o Supremo Tribunal Federal estabelece a eficácia imediata (*ex nunc*) somente a partir do julgamento da segunda fase, ou seja, quando da definição de seus efeitos, em sessão em data posterior à da declaração de inconstitucionalidade. Trata-se de situação peculiar com possibilidade de reflexo distinto do que apresenta num primeiro momento.

Poder-se-ia dizer que se trata de uma modulação mista, pretérita em relação ao momento da fixação dos efeitos, mas, de certa forma, futura em relação à decisão de inconstitucionalidade. Seria uma espécie de modulação *pro futuro* retroativa<sup>540</sup>.

Primeiro, porque, de fato, a exemplo da modulação *pro futuro* propriamente dita, preservará atos futuros, praticados após o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, em juízo não mais sujeito a alterações, mas só posteriormente se conhecerá a produção de tal efeito.

Também serve para diferenciá-la do efeito *ex nunc* propriamente dito, espécie de modulação pretérita de limitação da retroatividade em grau máximo, pois esta preserva todos os efeitos anteriores à declaração de inconstitucionalidade, ao tempo em que exclui a produção de qualquer um posterior àquele momento, mesmo que venha a ser reconhecida em sessão em data posterior à do mérito.

Cite-se como exemplo as ADIs 4357<sup>541</sup> e 4425<sup>542</sup>, sobre novo regime especial para o pagamento de precatórios e sobre as regras de correção monetária e juros moratórios de débitos da Fazenda Pública. Declarou-se a inconstitucionalidade da utilização de índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) para correção monetária de débitos da Fazenda Pública, em 14 de março de 2013, sem qualquer deliberação sobre a modulação, ou seja, com efeitos retroativos (*ex tunc*). Houve questão de ordem<sup>543</sup> para modular os efeitos daquela decisão, cujo julgamento se iniciou em 24.10.2013. O julgamento foi retomado em 19.03.2014 e 19.03.2015, e concluído em 25.03.2015, mais de dois anos após a decisão de inconstitucionalidade, para estabelecer o IPCA como índice de correção monetária com eficácia *ex nunc* somente a partir da data da conclusão do julgamento da questão de ordem.

A possibilidade da modulação *pro futuro* e do efeito *ex nunc* a partir do juízo de modulação (modulação *pro futuro* retroativa) retoma aquele primeiro raciocínio comum aos casos *sub judice* de que não há definição sobre a questão e, por isso, deve-se continuar aplicando a norma já reconhecida, na primeira fase, como inconstitucional.

<sup>540</sup> Em analogia à prescrição da pretensão punitiva retroativa, quando regulada pela pena concretizada na sentença e contada nos períodos pretéritos (art. 110, § 1º, do Código Penal).

<sup>541</sup> STF – Tribunal Pleno - ADI 4357/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. do Acórdão Min. Luiz Fux, j. em 14.03.2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>. Acesso em: 08 dez. 2015.

<sup>542</sup> STF – Tribunal Pleno - ADI 4425/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. do Acórdão Min. Luiz Fux, j. em 14.03.2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>. Acesso em: 08 dez. 2015.

<sup>543</sup> STF – Tribunal Pleno - ADI 4425 QO/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 25.03.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016259>. Acesso em: 08 dez. 2015.

Na verdade, a resposta ao problema suscitado e às conjecturas das hipóteses passa necessariamente pela definição do momento em que a decisão (simples, “monofásica”) de inconstitucionalidade paralisa a eficácia da norma viciada, independentemente se haverá retroatividade para destruição de efeitos pretéritos. Até a ativação do efeito retroativo ocorrerá a partir desse momento. Em outras palavras, quando a norma declarada inconstitucional deve deixar de ser aplicada? Quando cessa a presunção de constitucionalidade? Na data da sessão de julgamento, da publicação do acórdão ou do seu trânsito em julgado?

Afirmou-se, no capítulo anterior, que a regra do efeito paralisante é a mesma em ambos os regimes, nulidade ou anulabilidade, pois não permite que produza efeitos futuros, isto é, posteriores à declaração de inconstitucionalidade<sup>544</sup>. Sua exceção é a modulação *pro futuro*, ainda que de forma retroativa, na segunda fase. Resta, agora, especificar se seria da data da própria decisão ou a partir da publicação de seu dispositivo ou até de seu trânsito em julgado.

Mais uma vez, a Constituição da Áustria foi explícita, ao determinar que a decisão do tribunal constitucional obriga a publicação sem demora da anulação e afirma que “a anulação entra em vigor com o expirar do dia da publicação se o tribunal não determinar um prazo para o ficar sem vigor”, sem poder exceder a dezoito meses<sup>545</sup>.

Carlos Blanco de Moraes indica que a cessão imediata de efeitos do ato inconstitucional ocorre com a publicação da decisão de invalidade e, para tanto, faz referência ao acórdão Ac. 143/2002<sup>546</sup>. Naquele, o Tribunal Constitucional de Portugal, com base no art. 282º, nº 4, da Constituição, declarou a inconstitucionalidade da norma impugnada, restringindo seus efeitos para que só se produzam após a publicação do acórdão no Diário da República<sup>547</sup>.

Ao que parece, essa questão está mais consolidada em Portugal, pois a tese dos autores contrários à modulação *pro futuro* refere-se ao mesmo paradigma, a data da publicação oficial da decisão que declarou a norma inconstitucional e, por isso, sustentam a incompatibilidade daquela modulação com a própria ideia da declaração de

<sup>544</sup> Ver item 3.4.3.

<sup>545</sup> HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 125.

<sup>546</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 186.

<sup>547</sup> TCP – Ac.143/2002, Rel. Conselheiro Bravo Serra, j. em 09.04.2002. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020143.html?impressao=1>. Acesso em 18.05.2016.

inconstitucionalidade, já que não poderia produzir efeitos após aquele marco temporal<sup>548</sup>.

No Brasil, a paralisação dos efeitos futuros da norma inconstitucional também ocorre na data da publicação da decisão de invalidade. Trata-se do momento em que se confere publicidade àquela decisão do Supremo Tribunal Federal. Adotando a mesma lógica de Carlos Blanco de Moraes, há julgados do Supremo Tribunal Federal que optaram pelo efeito *ex nunc* a partir da data da publicação da ata do julgamento, como as ADIs 4641/SC<sup>549</sup>, 3601/DF<sup>550</sup> e 3792<sup>551</sup>.

Estabelecido esse marco temporal, observa-se o problema dos julgamentos bifásicos em sessões distintas com grande intervalo entre elas, pois o acórdão será único para todo o julgamento da inconstitucionalidade e da modulação. Isso permite que efetivamente se tenha uma norma judicialmente reconhecida inconstitucional, mas, pela pendência da definição de seus efeitos, continuará vigente e deverá ser aplicada por todos, durante meses ou anos, da qual surgirão novos atos, inclusive judiciais.

Esse cenário acaba por afetar a segurança jurídica e a expectativa de estabilidade, na medida em que a presunção de constitucionalidade resta abalada, pois já se tem conhecimento de que a norma é definitivamente inconstitucional, mas persiste a dúvida se perderá todos ou alguns efeitos, além de poder perdurar por um período.

Paradoxalmente, a decisão de inconstitucionalidade propiciará a continuidade da prática de atos inconstitucionais, antes baseados na presunção de constitucionalidade, agora, mitigada, e poderá estimular aquela modulação pretérita ao final da segunda fase, aqui denominada de modulação *pro futuro* retroativa.

Se assim for, haveria, de certa forma, uma modulação *pro futuro* implícita com a indefinição prolongada da segunda fase, pois seria provável a necessidade de eliminar a retroatividade nesse intervalo entre a declaração de inconstitucionalidade e a definição de seus efeitos. Como alerta Paulo Otero, o decurso do tempo com a aplicação da norma pela incerteza de sua exclusão, apesar de reconhecida a inconstitucionalidade, “tenderá a reforçar a

<sup>548</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 690-691.

<sup>549</sup> STF – Tribunal Pleno - ADI 4641/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 11.03.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8195157>. Acesso em: 15 jan. 2016.

<sup>550</sup> STF – Tribunal Pleno – ADI 3601 ED, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 09/09/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617937>. Acesso em: 24 ago. 2016.

<sup>551</sup> Acórdão ainda não publicado. Notícia sobre o julgamento disponível em <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325897&caixaBusca=N>. Acesso em 22 set. 2016.

segurança jurídica em serem ressaltados os efeitos até então produzidos”<sup>552</sup>.

Seria algo semelhante, *mutatis mutandis*, à observação de Rui Medeiros sobre o Ac. 168/88, onde o Tribunal Constitucional, vencido o voto para a declaração de inconstitucionalidade de só surtir efeito dois meses após a publicação, decidiu pela limitação dos efeitos à data da publicação do acórdão<sup>553</sup>. A crítica não reside na opção do efeito, mas por ter sido suspenso o trâmite para publicação, três dias após seu requerimento, somente retomado exatamente dois meses após. Acabou por efetivar, à moda italiana, a modulação *pro futuro* ao retardar a publicação do acórdão, apesar de este ter limitado os efeitos da decisão àquela data<sup>554</sup>.

A diferença do caso português é que já se tinha certeza de que não seriam produzidos efeitos após a publicação, de forma que retardá-la, diga-se de passagem, sem deliberação colegiada, asseguraria indubitavelmente a preservação dos efeitos daquele período. Já a hipótese do prolongamento do intervalo entre as duas etapas de julgamento apenas indicaria uma possibilidade da manutenção dos efeitos após a declaração de inconstitucionalidade, porque não houve ato definitivo para afastar sua aplicação, mas dependerá da deliberação colegiada.

Uma proposta para esse problema seria a adoção explícita de alguma espécie de medida cautelar ao final da primeira fase, quando houver necessidade de suspensão por falta de quórum para modulação, mudança de composição de Ministro que ainda não votaram ou alguma outra situação que indique uma perspectiva de demora na resolução da segunda fase.

Em alguns casos, poderia ser mais simples. Imagine-se que a discussão para modular seja apenas dos efeitos retroativos, capaz, então, de identificar que não há chances de afetar a aplicação futura da norma. Já poderia haver pronunciamento explícito acerca da cessação da eficácia da norma a partir da decisão ou mesmo da publicação daquele resultado parcial, apesar da pendência da segunda fase, restrita à retroatividade.

Nos casos mais difíceis, onde se discute a modulação *pro futuro*, a proposta seria mesmo uma medida cautelar, conforme previsto para o início do processo (arts. 10 a 12, da Lei nº 9.868/99), inclusive com a necessidade de ser uma decisão da maioria absoluta dos

<sup>552</sup> OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 562.

<sup>553</sup> TCP – Ac.168/1988, Rel. Conselheiro Monteiro Dinis, j. em 13.07.1988. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880168.html?impressao=1>. Acesso em: 18 mai. 2016.

<sup>554</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 691-692.



membros do Tribunal.

Na ADI 4357, adotou-se alguma medida, mas através de decisão monocrática do relator, diante da notícia de que os pagamentos dos precatórios foram paralisados, mesmo havendo recursos disponíveis, após a declaração de inconstitucionalidade enquanto não modulados os efeitos da decisão. Determinou, em 11.04.2013, que os Tribunais de Justiça de todo o país continuassem a adotar a sistemática anterior à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 14.03.2013, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro<sup>555</sup>.

Naquele caso, o Supremo Tribunal Federal somente definiu a modulação, pouco mais de dois anos após a declaração de inconstitucionalidade e com eficácia imediata (*ex nunc*) somente a partir da data da conclusão do julgamento da segunda fase (25.03.2015). Observa-se ainda eventual possibilidade de mudanças dos efeitos, ao menos em parte do objeto daquela ação, precatório, pois, apesar de mantida a modulação, dessa vez, o próprio Supremo Tribunal Federal, em 09.12.2015, converteu o julgamento em diligência para intervenção de todos os interessados, havendo recente juntada de algumas manifestações<sup>556</sup>.

A ideia que se propõe seria a necessidade de o Supremo Tribunal Federal, ultrapassados, por exemplo, trinta dias da declaração de inconstitucionalidade, decidir sobre eventual concessão de medida cautelar, em regra, com efeito *ex nunc*, com possibilidade de manifestação dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a norma impugnada, do Advogado-Geral da União e do Procurador da República, facultada a sustentação oral, nos moldes dos arts. 10 e 11, da Lei nº 9.868/99.

Dessa forma, haverá um maior controle pelo Supremo Tribunal Federal sobre a real consequência da lei judicial e definitivamente reconhecida como inconstitucional, capaz de conferir uma certa estabilidade das relações concretizadas após aquela decisão de inconstitucionalidade enquanto não se resolve acerca da modulação.

Não haverá opção implícita sobre a postergação dos efeitos nem dúvidas sobre a legitimidade da expectativa dos cidadãos quanto ao cumprimento ou não da norma declarada inconstitucional e com efeitos desconhecidos, a depender do que for decidido cautelarmente. Consequentemente, fornecerá maiores elementos para a resolução da segunda fase, em

<sup>555</sup> Decisão do Min. Relator proferida em 11.04.2013, disponível em: [file:///C:/Users/admin/Downloads/texto\\_134015434.pdf](file:///C:/Users/admin/Downloads/texto_134015434.pdf). Acesso em: 15 jun. 2016.

<sup>556</sup> Acompanhamento processual disponível em <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3813700>. Acesso em 05 out.2016.

especial, quanto ao período entre a declaração de inconstitucionalidade e a modulação.

#### 4.5 Devido processo legal

A principal preocupação para observância do devido processo legal na modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade decorre da necessidade do exercício do contraditório para viabilizar a construção compartilhada dos conceitos indeterminados capazes de justificar a adoção daquela medida excepcional<sup>557</sup>.

Carlos Henrique Bomfim Júnior sustenta a inconstitucionalidade do art. 27, da Lei nº 9.868/99, por sua estrutura procedimental ali definida transferir “para o julgador toda a responsabilidade e, ainda, prerrogativa de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas, sem qualquer influência das partes”<sup>558</sup>. Também sugere a criação de oportunidade para a participação plena e eficaz dos interessados, ainda que estes optem por não se manifestar<sup>559</sup>.

Muitas vezes, a proposta de modulação advém de algum Ministro após votar pela declaração da inconstitucionalidade, por versar sobre matéria de ordem pública<sup>560</sup>, sem que necessariamente houvesse oportunidade de manifestação dos envolvidos naquele processo. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal tem-se demonstrado atento à questão, oportunizando essa participação.

Em destaque o RE 353657/PR<sup>561</sup>, no qual, após ter sido suscitada a possibilidade de modulação dos efeitos pelo Ministro Ricardo Lewandowski, a Presidente, Ministra Ellen Gracie, colocou em votação o pedido de sustentação oral sobre tal matéria, por se tratar do que aparenta ser o primeiro caso em que se daria essa oportunidade de manifestação.

Os ministros votaram pelo deferimento do pedido de sustentação, por se tratar de

<sup>557</sup> BOMFIM JÚNIOR, Carlos Henrique de Moraes. *Decisões inconstitucionais no controle de constitucionalidade: os efeitos pro futuro*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 134.

<sup>558</sup> Idem.

<sup>559</sup> Ibidem, p. 147 e 154.

<sup>560</sup> Manifestação do Min. Dias Toffoli no debate, p. 8-9 do acórdão. STF – Tribunal Pleno – RE 500171/GO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.03.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623737>. Acesso em: 20 jul.2016.

<sup>561</sup> STF – Tribunal Pleno – RE 353657/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513677>. Acesso em: 18 ago.2016.

matéria nova que, inclusive, não poderia ter sido tratada antes, por haver virada de jurisprudência do Tribunal<sup>562</sup>. Na discussão sobre a ausência de previsão no Regimento Interno, o Ministro Marco Aurélio ainda acrescentou que o art. 131, § 2º apenas afasta, de forma expressa, a sustentação da tribuna no caso de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar<sup>563</sup>.

Até mesmo a restrição indicada no Regimento Interno tem recebido tratamento para observar o devido processo legal, ao conferir oportunidade de sustentação oral em medida cautelar, até porque atualmente conta com previsão expressa no art. 10, § 2º, da Lei nº 9.868/99.

Diante da imprescindibilidade de se oportunizar a participação das partes e já havendo disciplina para a medida cautelar, adotou-se o regramento da medida cautelar na proposta do item anterior.

Observa-se ainda a crescente preocupação do legislador em explicitar a tutela do contraditório, a exemplo dos arts. 10 e 493, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015. O primeiro por impossibilitar que o juiz decida, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. O outro por determinar que, se o juiz constatar de ofício o fato novo, seja constitutivo, modificativo ou extintivo do direito, deverá ouvir as partes sobre ele antes de decidir.

Outra questão, após a consolidação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal pela possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, é que já haja manifestação, desde a fase inicial, na petição inicial ou nas informações das autoridades das quais emanou a norma impugnada (art. 3º e 6º, da Lei nº 9.868/99), ao menos, como pedido sucessivo, caso se visualize tal necessidade, para ampliar ainda mais o debate.

Por outro lado, a ausência de pedido sucessivo nem sempre é esquecimento ou falta de vontade. Seria uma opção do advogado, pois, como afirma a Ministra Cármen Lúcia, seu pedido “enfraquece a defesa dele, porque já está admitindo que pode perder”<sup>564</sup>. Isso seria mais justificável naquele período dos primeiros casos de modulação, mas, no atual cenário,

<sup>562</sup> P. 172 -182 do acórdão.

<sup>563</sup> Voto do Min. Marco Aurélio, p. 179 do acórdão.

<sup>564</sup> Manifestação da Min. Cármen Lúcia no debate, p. 7 do acórdão. STF – Tribunal Pleno – RE 500171 ED/GO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.03.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623737>. Acesso em: 20 jul. 2016.

cada vez mais consolidado, possível até imaginar um pedido principal de decisão intermédia, a exemplo da ADI 319/DF<sup>565</sup> com pedido principal de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e sucessivo de interpretação conforme a Constituição. Da mesma forma, no caso apropriado, poderia haver pedido, ainda que sucessivo de declaração de inconstitucionalidade com modulação, independentemente da tese defendida de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade.

#### 4.6 Uso dos embargos de declaração para modulação

Os embargos de declaração têm sido utilizados por muitos para suscitar a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mesmo quando não tenha havido pedido anterior nesse sentido, seja por esquecimento, por falta de interesse ou mesmo estratégia processual, para não “enfraquecer a defesa”.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal não admitia os embargos, por não haver vícios de omissão, obscuridade ou contradição no acórdão para admissibilidade daquele recurso (art. 1.022, do CPC/15), diante da inexistência de pedido anterior nesse sentido, além de os embargos não servirem para rediscutir a matéria, como se observa, apesar de algumas divergências, em 2007, 2009 e 2011, nos ED no AgReg no RE 392.139-8/RJ<sup>566</sup>, nos ED na ADI 2791-3/PR<sup>567</sup> e ED na ADI 2639/PR<sup>568</sup>.

Todavia, ainda em 2011, no RE 500171 ED/GO<sup>569</sup>, o Supremo Tribunal Federal começou a demonstrar uma mudança de entendimento para, então, admitir, excepcionalmente, os embargos de declaração exclusivamente para modulação dos efeitos da decisão de

<sup>565</sup> STF – Tribunal Pleno. ADI 319. Rel. Min. Moreira Alves, j. 03.03.93. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=918>. Acesso em 03.08.2016.

<sup>566</sup> STF – Tribunal Pleno – ED no AgReg no RE 392139-8/RJ/PR, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.02.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408930>. Acesso em: 17 mai. 2016.

<sup>567</sup> STF – Tribunal Pleno – ED na ADI 2791-3/PR, Rel. Min. originário Gilmar Mendes, Rel. do acórdão Min. Menezes Direito, j. 22.04.2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602249>. Acesso em: 05 jun. 2016.

<sup>568</sup> STF – Tribunal Pleno – ED na ADI 2639/PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20.10.2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1885712>. Acesso em 17 mai. 2016.

<sup>569</sup> STF – Tribunal Pleno – RE 500171 ED/GO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.03.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623737>. Acesso em 20 jul. 2016.

inconstitucionalidade, diante da ausência de outro instrumento processual para suscitar a questão após o julgamento pelo Plenário.

Tratava-se da isenção da taxa de matrícula nas Universidades Federais e a Ministra Cármen Lúcia expôs a preocupação com a efetividade da decisão do Supremo com efeito *ex tunc*, por ter cobrança da década de vinte, sendo que apenas alguns receberiam o valor cobrado na época. Assim, reconhece que não haver “nem omissão nem obscuridade, nem contradição; apenas não há outro instrumento, e eu não posso sacrificar o direito por causa da forma que, neste caso, me parece que leva, não a uma justiça material no caso concreto, mas a um injustiça”<sup>570</sup>.

A Ministra Ellen Gracie acompanhou esse entendimento e o Ministro Dias Toffoli afirma que a modulação se trata de “uma questão de ordem pública, que pode ser apreciada de ofício, independentemente de provocação das partes”<sup>571</sup>. No mesmo sentido, manifestou-se o Ministro Gilmar Mendes<sup>572</sup>, que, anteriormente, já votava pela admissibilidade (ED na ADI 2791-3/PR<sup>573</sup>), devido à índole constitucional da modulação e presentes seus requisitos, inevitável o acolhimento dos embargos por configurar de fato uma omissão na apreciação dessas circunstâncias.

Em julgamento posterior, nos ED na ADI 2797<sup>574</sup>, ratificou-se essa possibilidade de embargos de declaração exclusivamente para modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. O Ministro Ayres Britto afirma que, em princípio, o silêncio sobre a eficácia temporal do julgado gera uma presunção de que a Corte deu pela ausência de razões de segurança jurídica ou de interesse social, mas que ressalva que ela “só se torna absoluta com o trânsito em julgado da ação direta”<sup>575</sup>.

O posicionamento atualmente prevalecente no Supremo Tribunal Federal recebe crítica de Luís Clóvis Rocha Júnior, por vários fundamentos. A violação do devido processo formal, por afetar a norma-regra de invalidade (*ex tunc*) em inobservância da regra processual das hipóteses de cabimento de embargos, anteriormente adotada pela Corte, além do princípio

<sup>570</sup> Manifestação da Min. Cármen Lúcia no debate, p. 7-8 do acórdão.

<sup>571</sup> Manifestação do Min. Dias Toffoli no debate, p. 8-9 do acórdão.

<sup>572</sup> Manifestação do Min. Gilmar Mendes no debate, p. 10-11 do acórdão.

<sup>573</sup> STF – Tribunal Pleno – ED na ADI 2791-3/PR, Rel. Min. originário Gilmar Mendes, Rel. do acórdão Min. Menezes Direito, j. 22.04.2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602249>. Acesso em 05 jun. 2016.

<sup>574</sup> STF – Tribunal Pleno – ED na ADI 2797/DF, Rel. Min. Menezes Direito. Rel. do acórdão Min. Ayres Britto, j. 16.05.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629993>. Acesso em: 20 jul. 2016.

<sup>575</sup> Voto do Min. Ayres Britto, p. 31-32 do acórdão.

da eventualidade processual por admitir inovação no pedido<sup>576</sup>. Aponta ainda as consequências negativas do devido processo legal: primeiro, por estabelecer presunção de omissão em todas as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre (in)constitucionalidade; segundo, por criar sucessivas fases procedimentais eternizando os conflitos e impedindo o encerramento definitivo do feito e; terceiro por impor privações sem a garantia da participação no processo de decisão<sup>577</sup>.

Não há dúvidas sobre as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração, desde a vigência do Código de Processo Civil de 1973, para os casos de omissão, obscuridade e contradição, incluído agora também o erro material (art. 1022, CPC/15). Só haveria tais vícios se previamente requerida a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mesmo que sucessivamente ao pedido principal.

Há, porém, casos como os já citados HC 82.959<sup>578</sup> e RE 353657/PR<sup>579</sup>, em que ocorreu uma virada de jurisprudência do Tribunal que inviabiliza sequer cogitar uma eventual possibilidade de discutir o tema e, por isso, não seria esquecimento, falta de interesse ou receio de enfraquecimento da tese. Também há situações como a exposta no RE 500171 ED/GO<sup>580</sup>, em que a falta de efetividade da decisão, como alerta Ministra Cármen Lúcia, “leva, não a uma justiça material no caso concreto, mas a um injustiça”<sup>581</sup>.

Por outro lado, a impossibilidade de eliminar por completo a discussão da modulação nos embargos de declaração, além de ser a atual posição do Supremo Tribunal Federal, reforça as demais preocupações suscitadas por Luís Clóvis Rocha Júnior, que decorrem, basicamente, da divisão dos juízos de inconstitucionalidade e modulação, em sessões distintas, algumas vezes, com longo intervalo entre elas, meses ou anos.

Não se trata, assim, de problema restrito à admissibilidade dos embargos exclusivamente para requerer a modulação, pois, como visto acima, também ocorre todas as vezes em que, por um motivo ou por outro, há um grande intervalo entre as sessões que deliberam acerca do juízo de inconstitucionalidade e de modulação.

<sup>576</sup> ROCHA JUNIOR, LUIS CLOVIS MACHADO DA. *A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014. p. 233-235.

<sup>577</sup> Ibidem, p. 236-239.

<sup>578</sup> STF - HC 82.959. Relator Min. MARCO AURÉLIO, j. em. 23.02.2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em 24 abr. 2013.

<sup>579</sup> STF – Tribunal Pleno – RE 353657/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.2007. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513677>. Acesso em 18 ago. 2016.

<sup>580</sup> STF – Tribunal Pleno – RE 500171 ED/GO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.03.2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623737>. Acesso em 20 jul. 2016.

<sup>581</sup> Manifestação da Min. Cármen Lúcia no debate, p. 7-8 do acórdão.

Em ambas as situações, tem-se a declaração de inconstitucionalidade de forma definitiva e imutável, pendente apenas a resolução dos efeitos daquela decisão, que impede ou retarda o encerramento definitivo do feito. A diferença apenas é que, no caso dos embargos, haverá dois acórdãos, um com a declaração de inconstitucionalidade e o outro acerca do pedido de modulação formulado só nos embargos. Essa peculiaridade, inclusive, é um facilitador para publicidade plena dos fundamentos da decisão de inconstitucionalidade.

A regra processual anterior conferia efeito suspensivo aos embargos de declaração (art. 538, CPC/73), tornando a situação ainda mais próxima daquela decorrente da divisão prolongada entre as fases de julgamento, pois, embora publicado o acórdão, os embargos suspendiam sua eficácia.

Atualmente, com a vigência do novo Código de Processo Civil, essa questão foi modificada. Os embargos de declaração deixaram de ter, em regra, efeito suspensivo (art. 1.026, CPC/15), que poderá ser concedido pelo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.026, § 1º, CPC/15).

Todas as situações de grande intervalo entre os juízos do sistema bifásico, com ou sem embargos de declaração, afetam a segurança jurídica, pois dificulta a orientação da conduta de todos. A presunção relativa de constitucionalidade da norma encontra-se mitigada pela definitiva e imutável declaração de inconstitucionalidade. Em contrapartida, nas palavras do Ministro Ayres Britto, a presunção de que a Corte deu pela ausência de razões de segurança jurídica ou de interesse social só se torna absoluta com o trânsito em julgado da ação.

Em resumo, enquanto não se resolve sobre a modulação, como escolher entre a presunção relativa de constitucionalidade da lei e a presunção relativa do efeito regra da nulidade e retroatividade da norma já declarada inconstitucional?

Na mesma linha já defendida acima, deve prevalecer a decisão de inconstitucionalidade. Observa-se que a presunção de constitucionalidade sempre é relativa, pois passível de haver posterior impugnação e reconhecimento de sua inconstitucionalidade. Após a declaração definitiva e imutável da inconstitucionalidade, ainda que pendente a possibilidade de modulação, não resta dúvida de seu comprometimento. Já a mencionada presunção relativa do efeito regra da nulidade e retroatividade poderá ser dotada de maior

intensidade, até absoluta, como se verá.

Quando subsistir a regra da não suspensividade dos embargos de declaração, a decisão de inconstitucionalidade já poderá ser imediatamente observada e com o efeito regra da nulidade e retroatividade, até então prevalecente. Com isso, ter-se-á delineado o momento para incidência do efeito paralisante, ao menos para que novos atos não sejam praticados com base naquela lei já judicial e definitivamente reconhecida como inconstitucional.

Eventual modulação pretérita, quando do julgamento dos embargos, poderia alcançar apenas aqueles atos anteriores à declaração de inconstitucionalidade. O problema surgirá, caso o Supremo Tribunal Federal decida pela modulação *pro futuro* propriamente dita ou *pro futuro* retroativa (*ex nunc* a partir da modulação nos embargos de declaração), porque alcançará os atos praticados no intervalo entre a declaração da inconstitucionalidade e a definição de seus efeitos.

Mais uma vez, recorre-se à proposta acima apresentada. Se for um caso mais simples, onde a pretensão de modulação for restrita ao período anterior à declaração de inconstitucionalidade, ter-se-á como absoluta a presunção de nulidade, ao menos quanto à impossibilidade da prática de novos atos com base na norma inconstitucional, após a publicação do acórdão daquela decisão. Somente os efeitos pretéritos à declaração, já concretizados, aguardarão a resolução da segunda fase, modulação.

Na hipótese de se discutir eventual modulação *pro futuro* de qualquer espécie, isto é, preservar efeitos após a publicação da decisão de inconstitucionalidade definitiva e imutável, não havendo a rápida definição da modulação, por exemplo, decorridos trinta dias daquela publicação, necessário que o Tribunal se manifeste expressamente, ainda que por medida cautelar, sobre a prevalência ou não daquela decisão entre o período da declaração e o julgamento dos embargos para modulação.

No tocante à garantia da participação no processo de decisão acerca de modulação nos embargos, terá que ser oportunizada a manifestação de todos, requerente e órgãos ou autoridades, dos quais emanou a norma impugnada, do Advogado-Geral da União e do Procurador da República, facultada a sustentação oral, nos moldes dos arts. 10 e 11, da Lei nº 9.868/99.



## CONCLUSÕES

Os ordenamentos jurídicos divergem sobre o valor jurídico do ato inconstitucional, inexistência, nulidade ou anulabilidade. Como consequência, há diferença quanto à regra dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, *ex tunc* e *ex nunc*. No entanto, ao tempo em que cada um dos sistemas preserva sua regra própria, todos admitem exceções, na tentativa de revelar a sanção mais adequada para certas situações de imperfeição constitucional.

O silêncio das Constituições brasileiras sobre o valor jurídico do ato inconstitucional associado à influência da antiga doutrina americana indica a adoção implícita da teoria da nulidade, em detrimento do regime de anulabilidade, para atacar severamente o vício de maior gravidade, apesar de excepcionalmente preservar algum ou todos os efeitos, se assim interessar para melhor tutelar a supremacia da Constituição.

A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade foi positivada no art. 27, da Lei nº 9.868/99, que implicitamente adota a regra da teoria da nulidade do ato inconstitucional, em sintonia com a Constituição. A própria modulação pretérita já era reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, antes mesmo daquela lei, meramente declarativa e com postura mais rigorosa para sua efetivação, ao fixar alguns critérios, inclusive, com quórum qualificado.

Por isso, embora pendentes de julgamento, há dezesseis anos, duas ações diretas de inconstitucionalidade, deve-se afastar o questionamento sobre sua constitucionalidade por disciplinar tal matéria em lei infraconstitucional. Eventual procedência suscitaria discussão acerca da necessidade de modular seus efeitos, ao menos para preservar as decisões do Supremo Tribunal Federal durante todos esses anos e os atos neles baseados.

A insuficiência ou inadequação dos regimes de nulidade ou anulabilidade para situações específicas levou os Tribunais a adotarem novas técnicas decisórias, positivadas ou não, para temperar ou modelar o conteúdo ou os efeitos das normas impugnadas por alguma imperfeição inconstitucional. Enquanto alternativas à dicotomia das decisões simples de acolhimento ou de rejeição podem ser qualificadas, de modo geral, como intermédias ou manipulativas ou atípicas.

São as decisões interpretativas condicionais (interpretação conforme a Constituição e a

declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto); as decisões limitativas ou transitivas ou restritivas de efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade; e as decisões aditivas ou modificativas. As decisões apelativas foram analisadas em conjunto com as limitativas dos efeitos temporais por estar na zona de fronteira.

A modulação pretérita limita a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade (nulidade), para preservar alguns ou todos (*ex nunc*) os atos praticados sob a égide da norma posteriormente declarada inconstitucional, ao estabelecer que aquela decisão só produza efeitos a partir de determinado momento, após a vigência da norma ou mesmo a partir da decisão.

A modulação *pro futuro* representa a possibilidade de continuar aplicando a norma após ser declarada inconstitucional, ainda que durante certo prazo fixado pelo Tribunal, em virtude da suspensão ou diferimento dos efeitos típicos da decisão de acolhimento.

No Brasil, ambas as espécies de modulação estão disciplinadas no art. 27, da Lei nº 9.868/99, inspirado no art. 282º, n.º 4, da Constituição portuguesa. Autoriza o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros e com base em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Ao contrário da modulação pretérita, o Supremo Tribunal Federal somente efetuou a modulação *pro futuro* após a vigência da Lei nº 9.868/99, embora a primeira vez tenha sido em controle difuso (RE 197917-8/SP), para que a redução do número de Vereadores decorrente da inconstitucionalidade só ocorresse na legislatura seguinte.

A regularidade da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade impõe o dever de fundamentação reconstrutiva dessa decisão, após ponderação de valores e interesses concretos para identificação do conteúdo dos conceitos indeterminados em cada caso.

O princípio da segurança jurídica é elemento constitutivo do Estado de Direito e está relacionado com elementos objetivos da ordem jurídica, garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito. Também é intimamente associado ao princípio da proteção da confiança, relacionado com elementos subjetivos da ordem jurídica, a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos

poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário).

O excepcional interesse social é um conceito indeterminado ainda mais fluido, utilizado para abarcar outros interesses constitucionalmente relevantes, além da segurança jurídica, situando-se fora dos interesses privados.

As noções isoladas sobre segurança jurídica e excepcional interesse social são insuficientes para modulação dos efeitos. A segurança jurídica é um exemplo disso, porque a previsibilidade e a estabilidade dela decorrentes podem ser promovidas tanto pela exclusão da norma inconstitucional, quanto pela mitigação dos efeitos da inconstitucionalidade, diante da presunção de constitucionalidade da norma ainda mais quando potencializada pela decisão do Supremo Tribunal Federal, seja em medida cautelar no controle concentrado, seja pela orientação traçada pelos precedentes.

Na modulação pretérita, o elemento que o julgador poderá dispor na modulação é a retroatividade, mecanismo utilizado para a destruição dos efeitos indesejáveis em virtude de terem sido constituídos sob a égide de uma lei inconstitucional. Em contrapartida, a irretroatividade terá lugar quando a destruição dos efeitos se torne mais indesejável para a própria Constituição, semelhante ao efeito decorrente da revogação, embora esta não promova a repristinação da norma anterior.

O conflito a ser solucionado é o que envolve os interesses afetados pela inconstitucionalidade já judicialmente reconhecida e aqueles eventualmente afetados com o efeito típico destrutivo daquela decisão, diante da expectativa de estabilidade das relações baseadas na lei, até então presumida, constitucional. Em outras palavras, qual o interesse justifica a reafirmação da ordem jurídica constitucional violada e qual o interesse, se afetado, representaria uma incerteza ou insegurança para o ordenamento.

Certamente, os interesses em conflito devem ser tutelados pela Constituição, pois as razões de segurança jurídica e o excepcional interesse social servirão de filtro para reavaliar todos os interesses constitucionais que podem ser afetados com a retroatividade. Uma vez identificado, haverá uma sobreposição para o preenchimento de um daqueles conceitos indeterminados, capaz de proporcionar uma “refundamentação” normativa da situação jurídica ressaltada.

A modulação pretérita, portanto, dependerá de dois fatores. No primeiro momento, o preenchimento, no caso concreto, dos conceitos indeterminados para poder identificar

realmente quais os interesses constitucionais que se encontram afetados pela retroatividade e por sua modulação. Após, realizar-se-á um rigoroso juízo de proporcionalidade, como em qualquer conflito entre princípios constitucionais, que indicará se a decisão será dotada de retroatividade ou se esta será mitigada e com que intensidade.

Deve-se basear em argumentos jurídicos e obrigatoriamente constitucionais, afastadas as considerações políticas ou consequencialistas, porque desempenha uma atividade finalisticamente vinculada aos critérios estabelecidos através dos conceitos indeterminados de segurança jurídica e excepcional interesse social na busca da solução que preserva a supremacia da Constituição.

Na modulação *pro futuro*, a distinção entre o efeito principal (nulidade ou anulabilidade) e o secundário (retroatividade ou não) não é capaz de solucionar a questão, pois está relacionada com o efeito, comum aos dois regimes de invalidade, de paralisação ou cessação da eficácia da norma.

Consequentemente, será uma medida excepcional em qualquer ordenamento, prevista na Constituição ou em legislação infraconstitucional, além daqueles em que decorrem de prática dos Tribunais, motivo pelo qual não é obrigatoriamente incompatível com o regime da nulidade.

O fundamento em interesses oriundos da própria Constituição, como originariamente aplicado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para modulação pretérita, associado à influência dos sistemas que admitem a modulação *pro futuro*, indica a admissibilidade desta, também de forma implícita, na Constituição e atualmente positivada no art. 27, da Lei nº 9.868/99.

Nesse caso, porém, será ainda mais complexa a identificação do interesse constitucional para justificar a modulação e o parâmetro para definição do prazo, já que somente será afetado em momento futuro. A principal hipótese para modulação *pro futuro* ocorre para se evitar um vazio jurídico ou caos legislativo, diante da ausência de qualquer disciplina legal sobre aquele direito, quando as demais sentenças intermédias, inclusive interpretativa, não sejam capazes de sanar a questão. Outra situação, mais polêmica, ocorre quando se fundamenta na necessidade de equilíbrio orçamentário.

De qualquer forma, somente deve ser adotada em casos extremos, capazes de justificar medida ainda mais excepcional na modulação, devidamente justificada e sempre de forma

transitória, até que o legislador solucione definitivamente a questão, até mesmo antes do término do prazo previsto na modulação.

Independentemente da discussão sobre a legitimidade da atuação do Poder Judiciário para modular/manipular os efeitos para o futuro da decisão de inconstitucionalidade, é certo que o Supremo Tribunal Federal, desde 2004, tem produzido farta jurisprudência com modulação *pro futuro*. Por isso, necessário tentar ordenar e sistematizar alguns temas, bem como analisar alguns julgados para identificar efeitos práticos para atividade judicante.

O primeiro deles é que o juízo de acolhimento da inconstitucionalidade é pressuposto para a modulação, elemento importante na aplicação da técnica decisória, por diferenciá-la de outras sentenças intermédias, como as apelativas, nas quais há juízo de rejeição da inconstitucionalidade.

Adota-se, então, um modelo bifásico, com juízos sucessivos de inconstitucionalidade e modulação, mas este não é obrigatório e dependerá sempre de requerimento pelos interessados ou provocação por um dos integrantes do Tribunal. Na ausência de qualquer consideração acerca da possibilidade de modulação, persistirá apenas o juízo de inconstitucionalidade e prevalecerá o efeito regra decorrente da nulidade, retroatividade.

A previsão de quóruns diferenciados nesse sistema bifásico indica que as votações são independentes, com participação de todos e liberdade de voto sobre a modulação, mesmo para os que restaram vencidos pela inexistência de inconstitucionalidade. Diante do quórum ainda mais qualificado para a segunda fase, tem prevalecido a necessidade da suspensão do julgamento, quando houver ausentes na sessão que possam influir no juízo de modulação, mas desde que a questão tenha sido suscitada antes da proclamação do resultado.

Outro reflexo decorrente do modelo bifásico é a possibilidade de novos Ministros votarem acerca da modulação, quando seu antecessor tenha se pronunciado apenas sobre o juízo de inconstitucionalidade. Caso contrário, havendo voto anterior, ainda que antecipado, seu sucessor não poderá votar na segunda fase.

Há preocupação sobre a insegurança quanto ao direito a ser aplicado, quando há um intervalo significativo, meses ou anos, entre as duas fases, pois a declaração de inconstitucionalidade será definitiva e imutável, embora ainda se desconheçam seus efeitos. Apesar de o acórdão somente ser publicado ao final do julgamento das duas fases, a presunção de constitucionalidade da norma já se encontra mitigada por aquela decisão

imutável de sua inconstitucionalidade.

Propõe-se que a desnecessidade da observância da norma, a partir da declaração de sua inconstitucionalidade, quando a proposta for exclusivamente de modulação pretérita.

Nos casos em que se discuta a modulação *pro futuro*, propõe-se que, decorrido certo prazo da declaração da inconstitucionalidade, por exemplo, trinta dias, sem a definição da segunda fase, o Tribunal delibere de forma explícita sobre a norma a ser observada, ainda que através de medida cautelar, em regra com efeito *ex nunc*, assegurado o contraditório com a prévia manifestação dos interessados e sustentação oral, nos moldes dos arts. 10 e 11, da Lei nº 9.868/99.

Outra questão que se levanta é que a modulação para que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade somente tenham efeito a partir do julgamento da segunda fase. Ainda que denominada de *ex nunc*, permite a produção de efeitos futuros, posteriores à declaração imutável de inconstitucionalidade. Por isso, deve ser tratada como modulação *pro futuro* retroativa, e observada a proposta acima quando houver intervalo significativo entre as fases de julgamento.

Por último, tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal a admissibilidade do uso dos embargos de declaração, mesmo que exclusivamente para pleitear a modulação, o que pode implicar o mesmo problema verificado para a hipótese de intervalo significativo entre a declaração de inconstitucionalidade e a modulação, motivo pelo qual as propostas ali formuladas também deverão ser aplicadas nesses casos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2ª ed. Campinas: Russell Editores, 2004.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *Comentários à Lei n. 9.868/99 – processo do controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOMFIM JÚNIOR, Carlos Henrique de Moraes. *Decisões inconstitucionais no controle de constitucionalidade: os efeitos pro futuro*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petronio (Coord.). *Coleção Andrea Proto Pisani*, v. 3. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CASSEB, Paulo Adib. *O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal brasileiro: casos concretos*. In: MORAIS, Carlos Blanco de et al. *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009.

CINTRA, Fernando Vogel. *Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em controle difuso de constitucionalidade: contribuição para uma análise comparativa entre EUA e Brasil*. Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27094/000763271.pdf;sequence=1>. Acesso em: 10 ago.2016.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MEYER, Emílio Peluso Neder; RODRIGUES, Eder Bomfim. *Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Segurança jurídica e crise no Direito*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LOPES, Pedro Moniz. *Sobre as sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa*. In: MORAIS, Carlos Blanco de et al. *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira. *O apelo ao legislador (Appellentscheidung) na prática da Corte Constitucional Federal Alemã*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XXXIII. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

\_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

\_\_\_\_\_, Jorge. *Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade*. Separata de Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles, v. 01. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Reforma total da Constituição: remédio ou suicídio constitucional?* In: *Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.



ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. *A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa, 1988.

## REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

STF – Primeira Turma – AReg no AI 427813, Relator: Min. Eros Grau, j. em 12.04.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=312610>. Acesso em: 08 nov. 2013.

STF – Primeira Turma – AReg no RE 392129, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. em 12.04.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=381015>. Acesso em: 08 nov. 2013.

STF – Primeira Turma – AReg no RE 392139 Rel Relator: Min. Eros Grau, j. em 12.04.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=381020>. Acesso em: 08 nov. 2013.

STF – Primeira Turma – RE 78209/SP. Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. em 04.06.1974. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173630>. Acesso em: 27 out. 2013.

STF – Segunda Turma – RCL 16950/MG. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 01.12.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10013862>. Acesso em: 15 jun. 2016.

STF – Segunda Turma – RE 78533/SP. Rel. Min. Firmino Paz, j. em 03.11.1981. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173939>. Acesso em: 27 out. 2013.

STF – Segunda Turma – RE 93.173. Rel. Min. Firmino Paz, j. 15.06.1982, unânime. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=186694>. Acesso em: 23 fev. 2016.

STF – Segunda Turma – RE 93356. Rel. Min. Leitão de Abreu, j. 24.03.1981, unânime. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=186863>. Acesso em: 23 fev. 2016.

STF – Segunda Turma – RE 402098 AgR-ED-ED/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, j.

31.03.2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=590446>. Acesso em: 18 jul. 2016.

STF – Tribunal Pleno – ADI 319. Rel. Min. Moreira Alves, j. 03.03.93. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=918>. Acesso em: 03 ago. 2016.

STF – Tribunal Pleno – ADI-MC 491. Rel. Min. Moreira Alves, j. 13.06.1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346419>. Acesso em: 03 ago. 2016.

STF – Tribunal Pleno – ADI 513, Relator: Min. Célio Borja, julgado em 14.06.1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266395>. Acesso em: 08 nov. 2013.

STF – Tribunal Pleno – ADI 652/MA. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 02.04.1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266472>. Acesso em: 01 nov. 2013.

STF – Tribunal Pleno – ADI 939-7/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 15.12.1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 28 out. 2013.

STF – Tribunal Pleno – ADI 1040, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 31.05.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266641>. Acesso em: 08 dez. 2015.

STF – Tribunal Pleno – ADI 1040 ED, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 31.05.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=352150>. Acesso em: 08 dez. 2015.

STF – Tribunal Pleno – ADI 1102, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, julgado em -05/10/1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266657>. Acesso em: 08 nov. 2013.

STF – Tribunal Pleno - ADI 1199-5/ES. Relator Min. Joaquim Barbosa, j. em 05.04.2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266691>. Acesso em 15 mai. 2013.

STF – Tribunal Pleno - ADI 1267-3/AP. Relator Min. Eros Grau, j. em 30.09.2004. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385465>. Acesso em 15 mai. 2013.

STF – Tribunal Pleno – ADI 2240/BA. Relator Min. Eros Grau, j. em 09.05.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>. Acesso em: 15 mai. 2013.

STF – Tribunal Pleno. ADI 2325 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 23.09.2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347546>. Acesso em: 28 out. 13.

STF – Tribunal Pleno - ADI 2949 QO/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 08.04.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?>

docTP=AC&docID=630138. Acesso em: 08 dez. 2015.

STF – Tribunal Pleno – ADI 3022. Relator Min. Joaquim Barbosa, j. 02.08.2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363282>. Acesso em: 15 mai. 2013.

STF – Tribunal Pleno – ADI 3105/DF. Rel. Originária Min. Ellen Gracie, Rel. para o acórdão Min. Cezar Peluso, j. em 18.08.2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>. Acesso em: 01 set. 2016.

STF – Tribunal Pleno – ADI 3316-6/MT. Rel. Min. Eros Grau, j. em 09.05.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469700>. Acesso em: 27 out. 2013.

STF – Tribunal Pleno – ADI 3489-8/SC. Rel. Min. Eros Grau, j. em 09.05.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474624>. Acesso em: 27 out. 2013.

STF – Tribunal Pleno – ADI 3601 ED, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 09/09/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617937>. Acesso em: 24 ago. 2016.

STF – Tribunal Pleno – ADI 3609/AC. Relator Min. Dias Toffoli, j. em 05.02.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7026115>. Acesso em 10 jan. 2016.

STF – Tribunal Pleno – ADI 3682-3/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 09.05.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>. Acesso em: 27 out. 2013.

STF – Tribunal Pleno – ADI 3689-1/PA. Rel. Min. Eros Grau, j. em 10.05.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469708>. Acesso em: 27 out. 2013.

STF – Tribunal Pleno – ADI 3819-2/MG. Relator Min. Eros Grau, j. em 24.10.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516783>. Acesso em: 15 mai. 2013.

STF – Tribunal Pleno – ADI 4125/TO. Relator Min. Cármen Lúcia, j. em 10.06.2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618980>. Acesso em 10 jan. 2016.

STF – Tribunal Pleno - ADI 4171/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. do Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20.05.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9194087>. Acesso em: 08 dez. 2015.

STF – Tribunal Pleno - ADI 4357/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. do Acórdão Min. Luiz Fux, j. em 14.03.2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>. Acesso em: 08 dez. 2015.

STF – Tribunal Pleno - ADI 4425/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. do Acórdão Min.

Luiz Fux, j. em 14.03.2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>. Acesso em: 08 dez. 2015.

STF – Tribunal Pleno - ADI 4425 QO/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 25.03.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016259>. Acesso em: 08 dez. 2015.

STF – Tribunal Pleno – ADI 4578 – Rel. Min. Luiz Fux, j. em 16/02/2012. Disponível em: file:///C:/Users/admin/Downloads/texto\_74860064.pdf. Acesso em: 01 set. 2016.

STF – Tribunal Pleno - ADI 4641/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 11.03.2015. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8195157>. Acesso em 15.01.2016.

STF – Tribunal Pleno - ADI 4650. Relator Min. Luiz Fux, j. em 17.09.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 08 dez. 2015.

STF – Tribunal Pleno – ADI 4815/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.06.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 03 ago. 2016.

STF – Tribunal Pleno – ADI 4876/MG. Relator Min. Dias Toffli, j. em 26.03.2014. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6272695>. Acesso em 10 jan. 2016.

STF – Tribunal Pleno – ADI 4947/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 01.07.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081176>. Acesso em: 15 fev. 2016.

STF – Tribunal Pleno – ADI 4965/PB, Rel. Min. Rosa Weber, j. em 01.07.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081174>. Acesso em: 15 fev. 2016.

STF – Tribunal Pleno – ADI 4992/RO. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 11.09.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7207856>. Acesso em: 10 jun. 2016.

STF – Tribunal Pleno – ED na ADI 2797/DF, Rel. Min. Menezes Direito. Rel. do acórdão Min. Ayres Britto, j. 16.05.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629993>. Acesso em: 20 jul. 2016.

STF – Tribunal Pleno – ED na ADI 4876/MG. Relator Min. Dias Toffli, j. em 20.05.2015. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9150849>. Acesso em 10 jan. 2016.

STF – Tribunal Pleno – ADI 5020/PI, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. do Acórdão Min. Rosa Weber, j. em 01.07.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7086983>. Acesso em: 15 fev. 2016.

STF – Tribunal Pleno – ADI 5028/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. do Acórdão Min. Rosa Weber, j. em 01.07.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081173>. Acesso em: 15 fev. 2016.

STF – Tribunal Pleno – ED na ADI 2791-3/PR, Rel. Min. originário Gilmar Mendes, Rel. do acórdão Min. Menezes Direito, j. 22.04.2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602249>. Acesso em: 05 jun. 2016.

STF – Tribunal Pleno – HC 70514-6/RS. Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 23.03.1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72491>. Acesso em: 01 set. 2016.

STF – Tribunal Pleno – HC 82959. Rel. Min. Marco Aurélio, j. em. 23.02.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 24 abr. 2013.

STF – Tribunal Pleno – MI 708-0/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>. Acesso em: 31 ago. 2016.

STF – Tribunal Pleno – MI 712-8/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 25.10.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>. Acesso em: 31 ago. 2016.

STF – Tribunal Pleno – MS 26602-3/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 04.10.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>. Acesso em: 31 ago. 2016.

STF – Tribunal Pleno – MS 26603-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.10.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>. Acesso em: 31 ago. 2016.

STF – Tribunal Pleno – MS 26604-0/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 04.10.2007. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=552057>. Acesso em: 31 ago. 2016.

STF – Tribunal Pleno – RE 166772-9/RS, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 12.05.1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=216095>. Acesso em: 15 jan. 2016.

STF – Tribunal Pleno – RE 197917, Relator Min. Maurício Correa, j. em 24.03.2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. Acesso em: 24 abr.2013.

STF – Tribunal Pleno – RE 353657/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.2007. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513677>. Acesso em 18 ago. 2016.

STF – Tribunal Pleno – RE 500171 ED/GO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.03.2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623737>. Acesso em 20 jul. 2016.

STF – Tribunal Pleno – RMS 11853, Rel. Min. Luiz Gallotti, julgado em 31.03.1966. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=110285>. Acesso em: 28 out.2013.

STF – Tribunal Pleno – RMS 22307/DF, Relator Min. Marco Aurélio, j. em 19.02.1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115796>. Acesso em: 31 ago. 2016.

STF – Tribunal Pleno – RE 353657/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513677>. Acesso em: 18 ago. 2016.

STF – Tribunal Pleno – RE 637485/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 1º.08.2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3823598>. Acesso em: 05 mai. 2016.

STF – Tribunal Pleno. Rp 948. Rel. Min. Moreira Alves, j. 27.10.1976. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263723>. Acesso em: 29 out.2013.

STF – Tribunal Pleno – Rp 1.417. Rel. Min. Moreira Alves, j. 09.12.1987. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264125>. Acesso em: 31 jul. 2016.

STF – Tribunal Pleno – Súmula 67. Aprovada em 13.12.1963. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_001\\_100](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100). Acesso em: 28 out. 2013.

STF – Tribunal Pleno – Súmula 339. Aprovada na sessão plenária de 13.12.1963. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400). Acesso em: 28 out. 2013.

TC – Ac. nº 297/86, j. 21.11.1986. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19860297.html>. Acesso em: 11 ago. 2016.

TCP – Ac.168/1988, Rel. Conselheiro Monteiro Dinis, j. em 13.07.1988. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880168.html?impressao=1>. Acesso em: 18 mai. 2016.

TCP – Ac.143/2002, Rel. Conselheiro Bravo Serra, j. em 09.04.2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020143.html?impressao=1>. Acesso em: 18 mai. 2016.

TCP – Ac. 353/2012, Rel. Conselheiro João Cura Mariano, j. em 05.07.2012. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>. Acesso em: 18 mai. 2016.